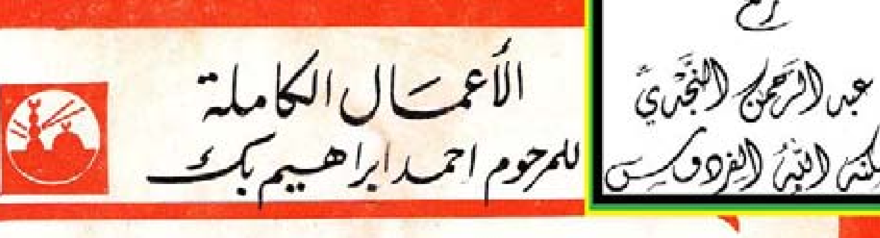




الأعمال الكاملة
للمرحوم احمد ابراهيم بك

المعاملات الشرعية المالية

ويليه مبحث وجيز

في المهر وبدل الخلع وتصرفات المريض والهبة والوصية والميراث والوقف

(٢)

احمد ابراهيم بك



الأعمال الكاملة
للمرحوم احمد ابراهيم بك

(٣)

كتاب المعاملات الشرعية المالية

ويليه

ملحق وجيز

في المهر وبدل الخلع وتصرفات المريض والهبة والوصية والميراث والوقف

تأليف

احمد ابراهيم بك

استاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق

١٣٥٥ هـ — ١٩٣٦ م

المعاملات الشرعية المالية

رَفعُ

عبد الرَّحمن النَّجْدِيِّ

أسكنه اللهُ الفردوس

تعريف بالفقيد بقلم الدكتور عبد الفتاح أبو غدة

فقيه العصر ومجدد أسلوب الفقه الاسلامى فى مصر
الشيخ العلامة الامام أحمد ابراهيم ابراهيم الحسينى

لقد أنعم الله تعالى على مصر بلد الاسلام والعلم ،منذ أن بزغت فيها شمس الهداية المحمدية ، برجال فضلاءعلماء ومفكرين صالحين حكماء ، وقواد شجعان أذكياء ، ... وميزها بمزايا عظيمة لم تكن لغيرها من بلاد الاسلام ، بكثرة خيراتها وبركات أراضيها ، ووفرة علمائها ونجبائها وفاضليها .

ترجمة المؤلف

جاد بها قلم الاستاذ الشيخ عبد الفتاح أبو غدة ، الحلبى ، أحد علماء البلاد الشامية ، وصاحب التحقيقات الفريدة ، والتآليف المفيدة ، القائم الآن بالتدريس فى كلية أصول الدين والدراسات العليا فى جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض ، جزاه الله تعالى خيرا ، وبارك فى حسناته وآثاره .

وقد كانت هذه النعم وتلك المزايا من أول يوم وجودها تتوافر فيها كثرة يوما بعد يوم ، وتزداد نماء على مر العصور والازمان ، حتى غدت مصر قلب العالم الاسلامى ، ومشعا اسلاميا وضاء يشع العلم والهداية والعرفان على سائر البلدان الاسلامية والناس ، وهذا أمر قد استقر ثبوته فى النفوس ، وحفلت به كتب التاريخ والعلم والمعرفة ، فلا حاجة الى الاطالة به .

وقدمت مصر الى العالم الاسلامى فى كل أطوار تاريخها الاسلامى علماء نبغاء فى كل فن وعلم ، وبخاصة فى الفقه الاسلامى المجيد ، فقد ظهر فيها فحول الفقهاء المشهود لهم بالبروز والتقدم ، منذ عهد الامام الليث بن سعد فقيه مصر وعالمها ، وعبد الله بن وهب ، ومحمد ابن ادريس الشافعى الامام ، الى الشيخ الامام محمد بخيت المطيعى مفتى الديار المصرية رحمه الله تعالى .

وكان من أواخر من جادت بهم مصر من أبنائها الألمعيين فى الفقه الاسلامى ،الذين نبغوا نبوغا نادرا لامعا ،وكان لهم فضل التجديدلاسلوب

الفقه فى مصر فى هـــذا العصر : الشيخ العلامة الامـــام أحمد بن ابراهيم ابراهيم الحســـينى ، الذى أردت أن أكتـــب هذه الكلمات الوجيـــزة فى ترجمتـــه والحـــديث عنـــه .

ولد هـــذا الامام الالمعى (أحمـــد ابراهيـــم) فى ســـنة ١٢٩١ — ١٨٧٤ م فى حى بجوار الازهر الشريف ، من أبوين كريمين فاضـــلين ، وكان والده (ابراهيم ابراهيم) من العلمـــاء ، من بلدة بلبيس من محافظة الشرقية بضواحى الزقازيق ، انتقل الى القاهرة ، وأقام فى حى بجـــوار الازهر الشريف ، ليكون قريبـــا من منهل العلم والتعليم ،

وكان الموطن الأول لأصل هذه الاسرة قديما فى الحجاز ، نزحت منه الى مصر من سنين بعيدة ، وهى من الاسر التى تتمتع بشرف النســـب الحسينى ، المتصل بسيدنا الحسين بن على رضى الله عنهما ، كما هو محفوظ فى سجل الاشراف فى مدينة القاهـــرة .

وتلقى (أحمد ابراهيم) دراسته الابتدائية فى مدرســـة العقـــادين الاميرية بالقاهرة ، ثم التحق بمدرسة دار العلوم — وتسميتها (مدرسة) تجـــوز ، اذ هى بمثابة جامعة راقية سامقة فى حينها — وتخرج فيهـــا وأنهى الدراسة منها فى سنة ١٣١٤ — ١٨٩٧ م وقد امتازت فرقته التى زاملته فى هذه الدراسة بكثير من النبغاء اللامعين ، الذين غدوا شـــيوخ العصر فيما بعد فى علومهم ، كالشيخ أحمد الاسكندرى ، وحسن منصور، ومصطفى العنانى ، وعبد الوهاب النجار ، وعبد العـــزيز جاويـــش ، وطنطاوى جوهرى وعبد المطلب ، وتلك الطبقة الرفيعة التى غمـــرت جيلها بمعارفها وآثارها العظيمة .

كان (أحمد ابراهيم) بين هؤلاء الطلبة الزملاء الافذاذ : الطـــالب المتازة المتفوق عليهم بسعة مداركه ، ولمعان ذهنه، وبالغ جده واجتهاده، وتنوع ثقافته وعلومه ، مع أنهم جميعا من مفاخر جيلهم وعصرهم ، فكان الطالب الاول على هؤلاء فى جميع مراحل تحصيله .

وكان الذى يـــرى (أحمد ابراهيم) — وهـــو فى دار العلوم — يتعمق فى دراسة العلوم الرياضية ، لا يخطر على باله أن هذا الشاب ، سيكون فى نضج تحصيله وأكتمال مواهبه ومداركه ، من أعـــلام الفقـــه الاسلامى فى عصره ، وذلك لشدة انهماكه وتوجهه الى اتقان علم الجبـــر والهندسة والفلك وما اليها من العلوم الرياضية .

وما أن أتم دراســـته فى دار العلوم ، حتى عين مدرســـا مساعدا

فى هـــذه الدار ، ثم عين استاذا فى المدرسـة السنية للبنات ، فكان فيها مربيـــا قبل أن يكون موظفا وكان فيها حامى العقيدة الاسلامية فى قلوب أمهات المستقبل ، قبـــل أن يكون فيها الملقن لمواد الدراسة المقـــررة فى المنهــــج .

وكانت ناظرة هـــذه المدرسة أنجليزية تنحو منحى قومها فى العداء للاســـلام والمسلمين ، فوزعت على الطالبات كتابا بالانجليزية مدسوسا فيه ســـوء أدب نحو المقام المحمدى الشريف ، فأقام الشيخ أحمد القيامة على هذا الكتاب ، وعلى الذين وزعوه أو أمـــروا بتوزيعه ، وعزم على الاستقالة ، وعلى أن لا تكون هـــذه الاستقالة هينة رخيصة ، فكانـــت غضبته لله تعالى ولرسوله ذات أثر عظيم فى عزة الحق وأهله فى تـــلك المدرسة وغيرها وكانت تلك الحادثة لها مابعدها فى مجال التعليم وغيره .

وكان الشيخ أحمد ابراهيم فى هذه الفترة من حياته العلمية يجـــول فى علوم اللغـــة العربية ويحلق فيها ، وكان فيها حجة ومرجعا ، وغـــدا فى الطبقة العليـــا من علمائها ، ثم قام بالتدريس فى مدرسة الناصرية ، وكانت من أرقى المدارس الرسمية ثم درس بعدها فى مدرسة رأس التين الثـــانوية بالاسكندرية .

وهنا كان قد اشتهر نبوغه وشـــاع تفوقه البـــاهر العجيب فى العلم والتعليم ، فنقل الى مدرسة الحقوق الخديوية سنة ١٣٣٤ هـ ـــ ١٩١٦ م ، وهى بمثابة كلية قبـــل أن تكون كلية وقبـــل أن تؤسس الجامعة ، فقام فيها بتدريس الشريعة الاسلامية ، وأمضى فيها قرابة عشر سنوات ، الى ســـنة ١٣٤٣ ـــ ١٩٢٥ ، ثم عـــين أستاذا للشريعة بمدرسة القضـــاء الشرعى وتخرجت على يديه طائفة من كبـــار رجال القضـــاء الشرعى بمصر ، ثم عين أستاذا للشريعة الاسلامية فى كلية الحقوق ، ثم وكيـــلا لها ، وعلى يديه أتسعت فيها آفاق الدراسة للشريعة ووجدت الدراسة المقارنة ، وكان قســـم الدكتوراه المكان الخصيب الذى ألقى فيه غرسه ، حتى أتى بأطيـــب الثمـــرات .

وقد صرف الشيخ مواهبـــه العظيمة الفذة لصياغة الفقه الاسلامى من جـــديد ، ولم يقتصر فيه على الابواب والموضوعات التى كانت تدرس فى الحقوق ويعمل بها فى الدولة المصرية ـــ وهى الاحـــوال الشـــخصية والاوقاف ـــ ، بل توســـع فى الفقه وفى أصوله وفى مناهج الائمة المجتهدين فى تفـــريع أحكامه ، وتوجيه الاقضية فيما بين أدلتها وأهداف أحكامها ، وأخذ يطلع على فقه المذاهب الاخرى غـــير المذاهب الاربعة ، فوقـــف

على فقه الظاهرية والزيدية والشـيعة الامـامية والاباضـية ، وباقى المذاهب والاراء لأئمة الشريعة المجتهدين من الصحابة والتابعين ومـن بعدهم ، وعلى القوانين الوضعيـة .

وهنـا بدت عبقرية الشيخ وامامته فى الفقه والتجديد فيه ، وأخذ يمخر عبـاب مذاهب الفقه الاسلامى ، ويستخرج مكنونات لآلئه ودرره، وكان رحمه الله تعالى دقيق النظر ، نير البصيرة ، فقيه النفس ، أصوليا متينا ، فحلا فى العربية وعلومها ، مطلعا على العلوم الاسلامية والقوانين المعاصرة ، لا يغلبه على اسلامه واعتزازه بالشريعة الغراء بهارج العصر قد مكنه الله من معرفة اتجاهات الاحكام الفقهية والمواءمة بينها وبـين الاصول والادلة المـأخوذه منها ، والاغراض التشريعية التى ترمى اليها، فنقح وهذب ، ورجح وشذب ، مع كمال الاتـزان والادب والتواضـع وهضم النفس ، دون دعاوى عريضة أو استعلاء أو تعصب .

وأصـدق ما يصور ماكان عليه فى هـذا المقام العلمى والمسلك الخلقى الرفيع : قـول عالمين من كبار تلامذته النجباء ، عاشراه وجلسا بين يديه السنين الطوال ، ونهلا من علومه وتوجيهاته وعـلا ، حتى غدوا عالمين عالميين تملأ شهرتهما محافل الدراسات الشرعية ومعاهد الحقوق العلمية ، **أحدهما العلامة الحقوقى الكبير ابراهيم دسوقى أباظة باشـا ،** أحد الحقوقيين البارزين ، وأحد وزراء مصر المشهود لهم بالعلم والبصارة فيه ، فهـو يقول رحمه الله تعالى فى كلمة له متحدثا عن أثر الشيخ فى نفسه وعن أثره فى حقل العلم والتعليم :

(من الطفولة حتى الشباب فى مراحل التعليم الثـلاث ، وأنا أسعد بأستاذية أستاذى العلامة الكبير ، والباحث المدقق الجليـل أحمد بـك ابراهيم ، فله على فضـل الارشاد والتوجيه والتعليم ، رحمه الله تعالى وقد كان لهذه الصلة فى نفسى منذ نشأت أعمق الاثر ، وقـد كان اكبـارى له واعجابى بعلمه وورعه ، وسمو نفسه وأسلوب تفكيره ، يحملنى على أن أحـاول اتخاذه قدوة صالحة ، ولو اقتدى به سائر المصريين لمـا بكينا على العلم ولا على الادب والدين .

فما عرفت أدق منه فى سبر أغوار المشكلات العلمية فى يسر وسهولة ولا أحرص منه على شعائر الدين والتقوى فى نقاوة وورع ، ولا أسـبق لمعانى الفضيلة فى جلال وجمال وروعة ، ما عرفت من هو أوفر حظا منه فى هـذا كله ، نأى بجانبه عن كل ما يشوب كرامة العالم فأحاط نفسـه

بسور منيع حال بينه وبين الزلفى والعمل لغير وجه الله ، فى مــراقبة شــديدة لواجبــه وضميره .

عف عن المــادة فى مختلف مواطنها ، فما طلبها ولا سعى اليها ، وقد كانت سبلها ميسرة معروفة لمن يلتمس حطام الدنيا الفانية ، كــرس حياته ــ رضى الله عنــه ــ لاستنباط أسرار الشريعة السمحة والكشف عن دقائقها ومميزاتها وذخائرها ، وما تمتاز به عن سائر الشرائع ، فكان يعنى بالمقابلات الطريفة والمقارنات الدقيقة بين المذاهب والاراء والعقائد وطــرق التدليل والتفسير والتأويل التى تنطوى عليها مبــاحث علمــاء الاسلام ، ثم بين هــذه وغيرها فى الديانات الاخرى ، كل ذلك فى تبسيط جم للمعقد ، وتذليل للصعب العسير من نظريات الشريعة ، فما كنــا نلمح أثرا للجفــاف الذى يبعدنا عن فهمها ونحن فى هذه السن الباكرة ، التى لا تقوى على استساغة المقارنات المستفيضة الشاملة .

شغفنا بالبحث والقراءة ، وسكنا الى هذه الدراسة على ما فيها من تشعب واسترسال ، بفضل معونة أستاذنا وتوجيهه أثابه اللــه ، وحبب الينا درســه ، فما أذكر أننى تخلفت عنه يوما ، ولا كان لى رغبة ملحة ولهفة فى الاصغاء لاستاذ سواه . **طراز نادر بين الاساتذة والعلماء ورجــال الدين ، ولعله كان المثــل الاعــلى والنمــوذج النــادر بــين هــؤلاء جميعــا) . انتهى .**

ويقول تلميذه أيضا أحــد أعلام العصر العــلامة الكبير ، الفقيه الاصولى الضليع الحقوقى البصير ، **الشيخ عبد الوهاب خــلاف رحمه الله تعالى ،** مبينــا أثر أستاذه العلامة الامام الشيخ أحمد ابراهيم فى الفقه بأسلوبه الجديد ، واحــلاله محله اللائق به فى كلية الحقوق :

(أستاذى الجليل أحمد ابراهيم ، قضيت فى خدمة الفقه الاسلامى أربعين عاما كالشجرة المباركة ، ثمرها طيب وظلها ظليل . وحسبك أنك حــررت عقلك من رق التعصب ، وأطلقته من أسر الجمود ، وبعثت فى **تلاميذك روح البحث الحرة ، وملكة النقد الصحيح ، ونهضت بالموازنة بين مذاهب المسلمين من سنيين وغير سنيين ، لأن الحق ليس مقصورا عــلى شخص ، وفضل الله يؤتيه من يشاء .**

وحسبك أنك ألبست بحوث الفقه ثوبا من حسن البيان وفصــاحة الاسلوب ، ووثقت الصلة بينه وبين البحوث القانونية فى كلية الحقوق ، ففتحت أبوابا من المقارنات والمقابلات ، وأوردت رجال الحقوق منهلا عذبا

من كنــوز الشريعة الغراء . فاذا كنت لم تتــرك ثــروة مالية يقتبــسها ورثتك ، فقــد تركت ثروة علمية يقبسها المسلمون . فأبناؤك المتخرجون فى مدرسة القضاء وفى كلية الحقوق ، وكتبك وبحوثك وفتاويك ومحاضراتك ثروة يعتز بها كل باحث ، وتخلد ذكراك بين العلمــاء الباحثين ، وما مات من كانت بقاياه مثل بقاياك ، وما انقطع عمل من تــرك الناس مثل عملك، الله يتغمدك برحمته ويجزيك خير الجزاء) . انتهى .

ونقــول : ومن عنــد هذا الامــام الفقيــه الكبير ، العالم المتقنن النحرير بــدأ التجديد فى أسلوب الفقه الاسلامى فى مصر ، عرضا ولغة وأسلوبا ومقارنة بين المذاهب الاسلامية ، ومحاكمة للقوانين الوضعية .

والنقلة للفقه مما كان عليه من الجمــود والركود ، وتغلب التعصب وضيق النظر ، الى البحث والموازنة والمحاكمة والمقارنة ، والى تفتيــح المدارك والابصار عليه ــ مــع الاتزان الكامل والادب التــام مع المتقدمين والمتأخرين والموافقين والمخالفين ــ أمــر عسير جدا ، لا يستطيع النهوض به على ذاك الوجه الا الأفذاذ النوادر ، الذين آتاهــم الله تعالى نــور البصر والبصيرة ، وطيب النفــس والسريرة ، وغزير العلم وتحريره ، فأجلوا الاسلاف والاخلاف خير اجلال ، وقاموا بما عليهم من الاستفادة من علومهم وآثارهم ، ونشر جهودهم وآثارهم ، مع تعظيمهم واكبارهم ، دون تسفيه أو تجهيل أو تعــال أو تصغير .

وهذا مقــام رفيع ومرتقى صعب ، يختل فيــه توازن الكثيرين من العلمــاء الكبار الا ذوى الاحلام الكبيرة والقــلوب المنــيرة ، والمعــارف الغزيرة ، مثل هــذا الامام الشيخ أحمد ابراهيم الحسينى رحمه اللــه تعــالى وأحسن مثــواه .

ونقــــول :

ولتستبين علو هــذا المرتقى الرفيع ، الذى أحتله الفقيه الامــــام أحمد ابراهيم ، أنظر الى غــيره من الفقاء الذين جاؤا بعــده فى مصر ، ورغبوا أن يحذوا حذوه ، ويقوموا مقامه ، فانك تــرى فى كتابات كثــير منهم الشذوذ والشطط ، والاستعلاء والتجهيل والخلل ، والمجاملة للقوانين الوضعية والمســايرة لهــا ، وهذا مسلك خطــر ومنعطف لا يأمن سالكه مــن العطب والانحراف الى النهاية .

والحق أن هــذا الامــام كان يتمتع برجاحة العقل ، ومتانة الدين

وسعة العلم ، ودقة الفهم ، وعمق النظر ، ونصاعة الحكمة ، وسداد التوجيه ، والفكر الصائب ، والتواضع والادب الجم ، مع الاستبحار فى الفقه الاسلامى أصوله وفروعه ومقاصده وأهدافه ومذاهبه ، حتى قال عنه تلميذه شيخنا فقيه العصر بعده الامام الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى : ما أتى بعد الامام الفقيه العلامة ابن عابدين الشامى فقيه مثل الشيخ أحمد ابراهيم رحمة الله تعالى عليه . انتهى . وهذا دهر طويل يزيد على مئة عام

وقد خلف من الاثار الفقهية والمآثر العلمية ما يزيد على ٣٠ مؤلفا بين رسالة فى صفحات وكتاب فى نحو ٥٠٠ صفحة ، ورسائله الصغيرة (وصفا) كبيرة الموضع فى موضوعها ، نادرة المثال فى مضمونها ، فلذا كانت آثاره ومؤلفاته قليلة الوجود فى الاسواق ، يسرع نفاذها لتخاطف العلماء لها وحرصهم على اقتنائها ، وأسوق هنا جملة من مؤلفاته التى وقفت عليها :

١ ــ أحكام الاحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، طبع سنة ١٣٤٤ هـ ، فى أكثر من ٤٠٠ صفحة ، لم أقف عليه ، ورأيت اعلانا عنه فى مجلة الزهراء فى السنة المذكورة .

٢ ــ الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، طبع ــ دون تسمية المطبعة ــ سنة ١٣٤٩ هـ ــ ١٩٣٥ م ، فى ٢٥٠ صفحة .

٣ ــ أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة ، كتبه لطلاب القانون الخاص بقسم الدكتوراه بكلية الحقوق بجامعة فؤاد المصرية ، طبع بمطبعة العلوم سنة ١٣٥٩ هـ ــ ١٩٤٠ م ، فى ٢٨٠ صفحة .

٤ ــ أحكام المرأة فى الشريعة الاسلامية وبيان مالها وما عليها بين الحقوق والواجبات ، نشر فى مجلة القانون والاقتصاد ، التى يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة فؤاد المصرية ، فى السنة السادسة ١٩٣٦ م فى العدد الثانى ، وفى العدد الخامس (المرأة والاجزية) ، فى ١٢٤ صفحة ، ويتبعهما أعداد أخرى .

٥ ــ أحكام الوقف والمواريث ، طبعته مكتبة عبد الله وهبه (الطبعة الثانية سنة ١٣٥٧ هـ ــ ١٩٣٨ م ، الوقف فى ١٨٣ صفحة ، والمواريث فى ٩٧ صفحة .

٦ — أصــول الفقه . لــم أقف عليه ، وقــد نشر حديثا فى هــذا العــام مــرة ثانية (١) .

٧ — الاهلية وعوارضها فى الشريعة الاســلامية ، نشر فى مجــلة القانون والاقتصاد السابقة الذكر ، فى السنة الاولى ١٣٤٩ — ١٩٣١ ، فى العدد الثالث والرابع ، والسنة الثانية ١٣٥٠ — ١٩٣٢ فى العدد الاول.

٨ — بحث مستفيض جامع فى مــيراث الاخوة والجد ، استوعب فيه جميع مذاهب أئمة الشريعة وأدلة كل واحد منهم والموازنة بينها .... ، نشر فى مجلة القانون والاقتصاد السابقة الذكر فى السنة ١٣٥٧ — ١٩٣٨ فى العدد الثالث وما بعده فى ١١٨ صفحة .

٩ — بحث مقارن فى المواريث فى الشريعة الاسلامية على المذاهــب الثمانية وغيرها من المذاهب الاسلامية ، نشر فى مجلة القانون والاقتصاد السابقة الذكر ، فى السنة الثالثة ١٩٣٣ م ، فى العدد السادس ، والسنة الرابعة ١٩٣٤ ، فى العدد الاول والثالث والرابع والخامس ، فى ٢٠٠صفحة

١٠ — بيان موجز لأحكام الاحوال الشرعية فى الشريعة الاسلامية ، طبع فى مجلة مصر المعاصرة للجمعية الملكية للاقتصاد السياسى والاحصاء والتشريع ، فى المجلد السادس والعشرين فى ٢٦ صفحة .

١١ — التركة والحقوق المتعلقة بها والمــواريث ، ونشر فى مجلــة القانون والاقتصاد فى السنة السابعة ١٣٥٦ هـ — ١٩٣٧ م ، فى العدد الثــالث فى ٤٠ صفحة .

١٢ — تمرينات على المواريث ، طبع بالمطبعة السلفية دون تاريخ ، فى ١٢ صفــــحة .

٣ — الجرائم وأجزيتها الشرعيــة ، طبع بالمطبعــة السلفية ســنة ١٣٥٥ — ١٩٣٦ ، فى ٢٤ صفحة .

١٤ — الحق ورأى فقهاء الشريعة الاسلامية فيه من حيث اطــلاقه وتقييده ، نشر فى مجلة القانون والاقتصاد السابقة الذكر ، فى الســنة السادسة ١٩٣٦ ، فى العدد الثالث ، فى ٦ صفحات .

---

(١) صدر عن دار الأنصار بالقاهرة ٨١ ش البستان عابدين . وكذلك كتاب الالتزامات وستنشر دار الأنصار الاعمال الكاملة للمرحوم أحمد ابراهيم باذن الله .

١٥ ــ طرق الاثبات الشرعية ، نشر فى مجلة الحقوق التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة فاروق ، فى السنة الاولى ١٣٦٢ ــ ١٩٤٣ ، فى ٣٤ صفحة .

١٦ ــ طرق القضاء فى الشريعة ومقارنتها بما جاء فى القوانين الوضعية وما عليه العمل اليوم فى المحاكم الشرعية ، طبع بالمطبعة السلفية سنة ١٣٤٧ ، ٤٣٣ صفحة .

١٧ ــ العقود والشروط والخيارات ،نشر فى مجلة القانون والاقتصاد السابقة الذكر ، فى السنة الرابعة ١٩٣٤ فى العدد السادس فى ٨٢ صفحة

١٨ ــ التزام التبرعات فى الشريعة الاسلامية ، نشر فى مجلة القانون والاقتصاد السابقة الذكر ، فى السنة الثانية ١٩٣٢ ، فى العدد الخامس والسنة الثالثة ١٩٣٣ ، فى العدد الاول والثالث والرابع والخامس والسابع ، فى ٢٦٨ صفحة .

١٩ ــ مذكرة فى بيان الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام فى فى الشرع الاسلامى لطلاب دبلوم الشريعة وطلاب القانون الخاص بقسم الدكتوراه بكلية الحقوق ، طبعته مكتبة عبد الله وهبه فى سنة ١٣٦٣ ــ ١٩٤٤ ، فى ٢٢٧ صفحة .

٢٠ ــ المقالة الثانية فى شروط استحقاق الميراث وموانع الارث ، نشر فى مجلة القانون والاقتصاد السابقة الذكر ، فى السنة السابعة ١٩٣٧ فى العدد الخامس فى ٤٠ صفحة والمقالة الاولى لم أقف عليها .

٢١ ــ نظام النفقات فى الشريعة الاسلامية ، طبع بالمطبعة السلفية سنة ١٣٤٩ ، فى ١١٤ صفحة .

٢٢ ــ الهبة والوصية وتصرفات المريض ، طبع بمطبعة العلوم سنة ١٣٥٨ ــ ١٩٣٩ ، فى ١٤٠ صفحة .

٢٣ ــ الوصية وبيان أحكامها فى الشريعة الاسلامية ، مع عرض آراء الفقهاء فى جميع المسائل وأدلتها ... كتبه لطلاب القانون الخاص بقسم الدكتوراه فى كلية الحقوق طبعته مكتبة عبد الله وهبة سنة ١٣٦١ ــ ١٩٤٢ ، فى ٣٠٦ صفحة .

٢٤ ـ الوقف وبيان أحكامه مع عرض آراء الفقهاء فى المسائل الخلافية وأدلتها والموازنة بينها ... طبعته مكتبة عبد الله وهبه فى سنة ١٣٦٢ ـ ١٩٤٣ ، فى ٣٢٠ صفحة .

٢٥ ـ الوقف وبيان أنواعه وخصائص كل نوع ... نشر فى مجلة القانون والاقتصاد السابقة الذكر ، فى السنة الرابعة عشرة ١٣٦٣ ـ ١٩٤٤ فى العددين السادس والسابع فى ٣٨ صفحة .

٢٦ ـ الوقف وما ينبغى أن تكون عليه أحكامه ... نشر فى مجلة القانون والاقتصاد السابقة الذكر ، فى السنة الثانية عشرة ١٣٦١ ـ ١٩٤٢ فى العددين الرابع والخامس فى ١٦ صفحة .

ويبدو من عناوين هذه المؤلفات الكثيرة النفيسة أن الشيخ رحمه الله تعالى كان يؤسس كتاباته على أن تكون نواة موسوعة فقهية للفقه الاسلامى بمذاهبه ، ومن نظر فى مؤلفاته هذه وغيرها تبدى له رجاحة هذا المقصد من الشيخ ، فانه نحى فيها منحى الاستكمال لكل ما ذكر فى الموضوع من مذاهب وآراء ذات شأن ، ثم ناقشها وراجح بينها (١) .

وقد فتح بهذا طريق التفقة الواسع ، وخرج به من التفقه القاصر المغلق على المذهب الواحد فحسب ا الى التفقه بالفقه الاسلامى كله ، وكان فى هذا الخروج والانتقال على غاية من الاتزان والحكمة والادب ، حتى أن القارىء لمؤلفاته لا يلمح فيها أن الشيخ يكتب فى مذاهب متعددة بل كأنه يكتب فى مذهب واحد ، فانك ترى أسلوبه ولغته ونظرته وتقديره وأدبه العلمى متساوقا فى جميع ما يعرض له

---

(١) قال الاستاذ محب الدين الخطيب فى (الزهراء : ٥٠٨ سنة ١٣٤٤) عند ذكره كتاب (أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية) والتعريف به : (للاستاذ العلامة الكبير الشيخ أحمد ابراهيم أستاذ الشريعة الاسلامية فى كلية الحقوق بالجامعة المصرية ، ومدرس الفقه والاصول وغيرهما فى مدرسة القضاء الشرعى : كتاب عظيم القدر ، جليل النفع ، عنوانه (الشريعة الاسلامية) ، تناول فيه جميع أحكامها غير منقوصة ، ونوه بحكمة تلك الأحكام ، وأشار الى أسرارها ، مع استيعاب للمذاهب المختلفة ، وبسط للادلة ومناقشتها ، وبيان أرجح المذاهب أيا كان قائله من الائمة الاعلام .

وهو فى ثمانية أقسام كبرى نتمنى لو يتاح لمؤلفها الاستاذ الجليل أن ينشرها كلها بالطبع سدا لثلمة من المخزن أن تبقى مفتوحة . وأمامنا الآن جزء مطبوع فى أكثر من ٤٠٠ صفحة عنوانه : أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، استخرجه الاستاذ من كتابه المذكور ، وهذا الجزء الأول من قسم الأحوال الشخصية ....) .

من مذاهب ، لا كشأن بعض المتفاقهين من الناس اليوم ، تراهم يتناولون فى كتاباتهم بعض الائمة بالتصغير والتجهيل ، لتكبير أنفسهم وتفخيم ذواتهم ، وهم بالنظر الى أولئك العمالقة المعتبرين أقل بألف مرة مما قال التابعى الجليل الامام أبو عمرو بن العلاء : مانحن فيمن مضى الا كبقل فى أصول نخل طوال ! .

وقد كان لهذا المنهج والاسلوب الذى سلكه الشيخ الامام أحمد ابراهيم رحمه الله تعالى : أوضح الاثر والمزايا فى تلامذته ومتبعيه ، فهذه كتب تلميذه العلامة الفقيه الاصولى الشيخ عبد الوهاب خلاف رحمه الله تعالى تسلك هذه الوتيرة ، وتتسم بهذا الطابع ، وقد رقت — فيما دونت فيه — بالعرض والاسلوب والمتانة رقيا ممتازا .

وكذلك سلك العلامة الفقيه الاصولى المفسر الشيخ محمد أحمد أبو زهرة رحمه الله تعالى ، فى مؤلفاته الكثيرة المسلك المحمود الرفيع الذى سلكه شيخه أحمد ابراهيم ورقا أيضا — فى تواليفه الغزيرة — بالعرض والاسلوب والمتانة رقيا مشهودا . وكذلك سلك هذا المسلك غيرهما ، من تلامذة الشيخ من الحقوقيين — فيما ألفوه فى مباحث الفقه والحقوق — مثل ابراهيم دسوقى أباظة باشا رحمه الله تعالى .

وبوقوفنا على مزايا هذا المنهل العذب والبحر الزخار فى شخصيته العلمية الفريدة ، التى ألمعت الى بعض جوانبها : ينكشف لنا سر نبوغ الشيخ أبى زهرة والشيخ خلاف ... فيما لمعا به من المقام العلمى والصفاء الذهنى ، والدقة الفقهية البالغة ، وأن ذلك منهما مرتكز على فضائل هذا الاستاذ الكبير ، ومستقى من معينه الصافى . واذا كان نطاق شهرتهما أوسع من نطاق شهرة شيخهما أحمد ابراهيم ، فذلك لان الشيخ ظهر ومحيط الدراسات الاسلامية كان محدودا ، وهما جاءا على أثره وقد اتسع به ذلك المحيط العلمى ، فكان لهما شهرة أوسع من شهرة شيخهما ، بما أسس هو لهما وفتح أمامهما ، فكانا حسنة من حسناته وأثرا من آثاره العظيمة .

هذا وقد تولى الشيخ رحمه الله تعالى مناصب رفيعة جدا ، أهلته لتوليتها فضائله ومزاياه الذاتية والعلمية ، فقد تقدم أنه كان أستاذا للشريعة الاسلامية بكلية الحقوق ثم وكيلا لها ، كان أيضا : عضوا فى مجلس جامعة القاهرة ، وعضوا فى مجمع اللغة العربية بالقاهرة وعضوا فى لجان تعديل قانون الاحوال الشخصية ، التى صدرت الى مؤتمر لاهاى للقانون المقارن ، وقد أعتبرته (دائرة المعارف الامريكية

للشخصيات العالمية) : رجلا عالميا ، فنشرت تاريخ حياته وأسماء مؤلفاته .

وكان أحد الاعضاء المؤسسين لجمعية الشبان المسلمين فى مصر وانتخب عضوا لمجلس ادارتها فى ١٥/ من جمادى الاخرة سنة ١٣٤٦ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ، ثم انتخب وكيلا لجمعيات الشبان المسلمين عبد وفاة الشيخ عبد العزيز جاويش ، وكان داعية الى توحيد صفوف الجماعات الاسلامية ، وكانت له جهود مشكورة فى الدعوة للاخذ بالشريعة الاسلامية وتطبيق أحكامها ، وكانت له جولات موفقة ومواقف محمودة فى الدفاع عنها ورد شبهات الطاعنين المغيرين عليها .

ولما بلغ سن التقاعد الوظيفى : الستين من عمره فى عام ١٣٥٤— ١٩٣٤ ، ظلت جامعة القاهرة مستمسكة به ، وظل أستاذا فى قسم الدراسات العليا بكلية الحقوق يعلم ويفقه ، الى أن توفاه الله تعالى فى يوم الاربعاء ١١ من ذى القعدة سنة ١٣٦٤ الموافق ١٧ من أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، وشيعته مصر بكبار شخصياتها وأعلامها ، فشيعه علماء الازهر وأعضاء مجمع اللغة العربية ورجال الحقوق والدولة والتعليم ، وما كان الرزء به قاصرا على مصر وحدها ، ولكنه كان واقعا على العالم الاسلامى كله ، بفقده علما من كبار أعلامه فى الشريعة الاسلامية واللغة العربية والعلم ، رحمه الله تعالى وغفر له وأسكنه فسيح جناته .

عبد الفتاح أبو غدة

الشيخ الجليل عبد الفتاح أبو غدة الحلبى

أقول هـو : الأسـتاذ النبيل ، والشيخ الجليـل ، عبد الفتاح أبو غدة الحلبى، أحد كبـار علمـاء البـلاد الشامية المتأدبين اللغويين ، والمحـدثين المتفقهـين ، والمؤلفين المحققين ، وأحـد الذين وفقهم الله (تعالى) لطلب العلم وتلقيه ، والتزود منه ، والاخلاص فيه .

صـاحب التعـريف بالمرحـوم الشيخ أحمد ابراهيم

تنويها بتفضله بهذا التعريف . وعرفانا باسـتاذيته وثبـاته على الحق . وريادته الحالية للمـؤمنين بشمولية الاسلام . وكـونه المـلاذ الوحيد لمن يبغى سعادة الانسـان فى الدنيا والاخرة .

النـاشر

أسعد سيد أحمد

فقد طلب الشيخ عبد الفتاح العلـم ، وأقبل عليه ، وجد فى طلبه، واهتم ــ أهتماما بالغا ــ بدراسـة الفقه المذهبى الحنفى ، وتلقاه عن أكابر شيوخ المذهب فى مدينـة حلب ، كالشيخ الجليل العـلامة الفقيه مصطفى أحمد الزرقاء وأضرابه من أفاضل علماء حلب الشهباء .

ولمـا رحل الى مصر ليكمل تحصيله فى الازهر المعمور ، توسـع فى دراسة العلوم الازهرية ، توسـعه فائقـة على أشـهر علمـائه وتقابل وهو فى مصر ، فى أثناء دراسته مع الشيخ العبقرى ، محمد زاهد الكوثرى وكيل المشيخة الاسلامية فى الدولة العثمانية (رحمه الله) ، فأخذ عنه وأقتبس منه ، حتى أصبح بفضل الازهر ، ثم بفضل شـيخه الكوثرى ، بعد فضل الله (عـز وجـل) ، ذا ثقافة عالية ، وصاحب خبرة صادقة وعقلية راجحة ، ونظرة ثاقبة ، وادراك سليم ، وفهم دقيق وذوق رفيـــع .

وقد تمكن بسبب ثقافته الواسعة ، ودراسته المتنوعة ، واشتغاله بالتحقيق ، وقيامه بالتدريس ، واقباله على المطالعة : من أن يحقق الكتب العظيمة الجامعة ، ويضع عليها التعاليق النفيسـة النافعة .

فلا غرو ، أن صـار شيخ حلب الفـذ ، بل شيخ بـلاد الشام قاطبـــة .

ولا عجب ، أن أصبح يشتـــار اليـــه بالبنان ، وتسير بخبره الركبان ويجرى ذكره على كل لســـان .

هذا ، وقد رزق‌الله (سبحانه وتعالى) الشيخ عبـــد الفتاح ذرية طيبة ، وأبناء بررة ، وتلاميـــذ مهرة ، عرفوا قدره ، وأدركوا منزلتـــه فأشادوا بنفعه وأفادته ، وأظهروا فضله وعلمه ، حتى وصـــفه بعض المنصفين منهم ، بأنه : « العـــالم الفـــذ ، والعامل المجاهـــد ، والمربى الناصح الرشيد ، عـــلامة البـــلاد غير مدافع ، ورجلها الموثوق بدينـــه وعلمه وسيرته ، جمع الى علمـــه الفذ الغزير ، التقوى والخشية مـــن الله (تعالى) ، فهو وقاف عند حدود الله لا يتعـــداها ، مبتـــعد عـــن الشبهات والمكروهات ، ما عرفت عنه قط ، أنه أمـــر بمعروف الا وطبقه على نفسه ومن يعـــول ، ولا نهى عـــن منكـــر الا وقـــد اجتنبه هـــو ومـــن يعـــول .

وعنده غرام نادر فى معرفة التراث الاسلامى مخطوطه ومطبـــوعة فما ذكـــر أمامه مخطوط أو مطبـــوع الا بسط لك خصائص الكتاب ومجمل محتـــواه ، وأين طبع ، وكم طبعة له ، ان كان مطبوعا ، ومكان وجوده وتاريخ نسخه أن كان مخطوطا .

أجمع علمـــاء الهند والباكستان ، وبلاد الشام ، على أن يكـــون معتمدهم العلمى الموثوق ، ومرجعهم فى الفتوى .

عرف برقة الطبع ، ورهف الحس ، وسمو الذوق ، ولطف المعشر ، وحلاوة الحـــديث ، ولين الملمس ، وصدق العاطفة ، وحرارة الايمان ، وأناقة المظهر والتواضع والليـــونة .

تولى عقب عـــودته من الازهر الى بلده حلب عـــدة مناصب ، أو وظائـــف .

فعين أولا ـــ : مدرســـا لمـــادة الدين الاسلامى فى ثانويات حلب ، وللعلـــوم الشرعية فى الكلية الشرعية فيها ، مضافا الى ذلك مزاولتـــه مهنة الخطابة ، والتبرع بدروس التفقه فى الدين بعـــد الفـــراغ من صلاة الجمعة ، والقـــاء المحاضرات العامة فى دار الأرقم . ثم عـــين بعد ذلك أستاذا منتدبا فى كلية الشريعة فى جامعة دمشق ، وكان فى أثنـــاء التدريس يعمل فى الموسوعة الفقهية ، كمعجم الفقه الظاهرى لابن حزم وغيره . ثم عين بعـــد ذلك مديرا للمكتبة الأحمدية فى حلب فنظمها خير تنظيم .

وعقب انفصال سورية عن مصر ، انتخبه الشعب الحلبي نائبا عن حلب في مجلس النواب السوري . وكان له في تلك الأثناء نشاط ديني واسع النطاق ، بما ألقى من خطب ، وألف من كتب ، وأذاع من أحاديث بالجملة : فهو من أخلص الدعاة الى سبيل الله : أيقظهم للاسلام ، وجعل عمره كله لله وللعلم . وهو في الحق عاصفة لا تهدأ الا اذا انتصر العدل ، حدث أن افترى عليه الشيخ ناصر الدين الالبانى بعض الافتراءات ، فرد عليه الشيخ عبد الفتاح ، وفند أقواله ، وجعل عاليها سافلها ، وأتى على شبهه من القواعد فنسفها نسفا . وذلك في كتاب ألفه في هذا الخصوص .

وبهذا الخلق الذى استقام له من الغضب للحق ، جرى في اعتقاده على الاخلاص ، وفي قوله الصراحة ، وفي عمله على الجرأة وفي حياته على التمرد على الباطل .

ولما تسلم حزب البعث زمام الحكم في سورية زج به هو وخيرة رجالات سورية في غياهب السجون ، وظل سجينا معتقلا الى أن وقعت حرب العرب واليهود في شهر يونيو (خزيران) ١٩٦٧ م ، فخرج على أثرها من السجن ، وطلبته السعودية أستاذا في جامعاتها ، فذهب اليها وهو ما يزال حتى الان أستاذا في الدراسات العليا في كلية الشريعة من جامعة الامام ابن سعود بالرياض .

الكتب التى ألفها وحققها وقدم لها ونشرها

من رافق الشيخ عبد الفتاح أبو غدة وقرأ أقواله وحواشيه على الكتب التى حققها ، أقر له بالعلم والفضل .

فمن خطط هذا السيد الجليل أن يطرف القارىء فيما يؤلفه أو ينشره من كتب السلف الصالح .

١ — فمصنفه (صفحات من صبر العلماء) مباحثه طريفة ذات جدة .

٢ — وكتاب الاجوبة الفاضلة عن الاسئلة العشرة الكاملة للامام الكنوى . الذى أظهره الشيخ عبد الفتاح من أدلة هذا الاطراف .

٣ — ورسالة المسترشدين للامام المحاسبى تحقيق الشيخ ، هو في الحقيقة تأليف وزيادة .

٤ ـ وتقديم كتاب الخلاصة للخزرجى وتصحيح أخطائه تنبىء عن تبحر الشيخ وبعد غوره فى العلم .

٥ ـ وتحقيقه لكتاب الرفع والتكميل فى الجرح والتعديل ، ليس وراءه تحقيق (ليس وراء عبادان قرية) كما جاء فى مجمع الامثال للميدانى.

٦ ـ وقل مثل ذلك فى تحقيقه لبقية الكتب التى حققها ونشرها ، مثل:

ـ اقامة الحجة على أن الاكثار فى التعبد ليس ببدعة للامام اللكنوى .

ـ التصريح بما تواتر فى نزول المسيح للكشميرى .

ـ الأحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضى والامام للقراف .

ـ فتح باب العناية بشرح كتاب النقاية للامام على القارى الهروى.

ـ المصنوع فى معرفة الحديث الموضوع للامام القارى أيضا .

ـ المنار المنيف فى الحديث الضعيف للامام ابن قيم الجوزية .

ـ قواعد فى علوم الحديث للتهاونى .

ـ قاعدة فى الجرح والتعديل للتاج السبكى .

ـ فقه أهل العراق وحديثهم للكوثرى .

ـ مسألة خلق القرآن وأثرها فى صفوف الرواة والمحدثين وكتب الجرح والتعديل ، وهو تأليف الشيخ .

هذا الى عشرات الكتب الأخرى التى حققها وهى فى طريقها الى الطبع والنشر مثل :

ـ الفوائد المجموعة فى الاحاديث الموضوعة للشوكانى .

ـ تحفة الأخيار فى احياء سنة سيد الابرار للكنوى .

ـ ترتيب ثقات العجلى للسبكى والهيثمى .

ـ نماذج من رسائل الائمة وأدبهم العلمى جمعها وحققها الشيخ عبد الفتاح أبو غدة .

ـ الرسول المعلم (صلى الله عليه وسلم) وأساليبه فى التعليم .
لـــه أيضـــا .

ـ وغير ذلك من الكتب النادرة المثـــال ، البعـــيدة المنـــال ، مما لم أطلع عليها لكثرة الاشـغال .

هذا بعض حق الاخ الاستاذ الشيخ العالم العامل المجاهد القدوة الصابر المرابط فضيلة الاستاذ عبد الفتاح أبو غدة . وكنت أود أن اترجم سيرته بشكل أوسع . ووجه أنفع . فتاريخ الشيخ حافـــل بالجـــهاد والمجاهدة وحافل بالصبر والثبات . لولا ضيق الوقت والمقام وخشـــية الخروج عن القصد جزاه الله خيرا عن كل ما قدم للاسلام والمسلمين . آمـــين .

أول المحـــرم سنة ١٤٠١ هـ

أول القرن الهجرى الخامس عشر

أسعد سيد أحمد

صاحب مكتبة دار الانصار

باذن الله قـريبا

يصـــدر الكتـــاب الرابع

من سلسلة الأعمال الكاملة

للمرحوم أحمد ابراهيم بك

« طرق القضـــاء »

صدر من الاعمال الكاملة للمرحوم أحمد ابراهيم

١ ــ علم أصول الفقه ومصادر التشريع الاسلامى

٢ ــ الالتـــزامات

٣ ــ هـــذا الكتـــاب

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الأعمال الكاملة
للمرحوم احمد ابراهيم بك

(٢)

كتاب المعاملات الشرعية المالية

وَيَليه

ملحق وجيز

في المهر وبدل الخلع وتصرفات المريض والهبة والوصية والميراث والوقف

تأليف

احمد ابراهيم بك

استاذ الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق

١٣٥٥ هـ - ١٩٣٦ م

رَفَعُ

عبد الرّحمن النّجْدِيّ

أسكنه اللهُ الفردوس

دار الأنصار

مكتبة . طباعة . نشر . توزيع

٨١ ش البستان . ناصية ش الجمهورية

أمام قسم عابدين ت ٩٣١٥٨١

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين . والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد وعلى جميع الأنبياء والمرسلين . وبعد ،

فهذه خلاصة مهذبة محررة فى احكام المعاملات الشرعية المالية كتبتها لطلاب السنة الأولى ـ قسم الليسانس بكلية الحقوق بالجامعة المصرية ـ لأجل ان يستذكروا بها خلاصة ما القيته عليهم من الدروس وتكون مرجعا لهم عند الحاجة .

وما توفيقى إلا بالله

شعبان سنة ١٣٥٥
نوفمبر سنة ١٩٣٦

أحمد ابراهيم ابراهيم



هذا هو مقرر دروس الشريعة فى المعاملات لطلاب السنة الأولى بكلية الحقوق — وعدد الدروس فى الأسبوع درسان

كتاب الاموال

يحتوى هذا الكتاب الكلام فى المال وأقسامه ، وعلاقة الانسان بالمال والملكية وأنواعها ، وأسباب الملك .

المـــــال

معنى المال فى اللغة العربية هو ما يملكه الانسان من كل شىء ، فيشمل كل ما يملك ويقتنى من الأعيان (أى الأشياء المادية) سواء أكانت ذهباً أم فضة أم حيواناً أم نباتاً أم أى شىء آخر مما ينتفع به الانسان

ومعناه فى الاصطلاح الشىء الذى يمكن حيازته لينتفع به الانسان ، فخرج بهذا التعريف الأشياء التى لا يمكن حيازتها كالهواء المطلق ، وضوء الشمس ، وحرارتها ، لأنه لا يمكن الانسان الاستيلاء عليها ، وإن كانت نافعة له ، وخرج بالتعريف أيضاً حبة من شعير (مثلا) وقبضة من تراب ، وقطرة من ماء ، ونحو ذلك ، لأنه لا ينتفع بهذه الأشياء ، وقد يكون لبعضها

منفعة إذا ضم الى غيره ، لكن هو فى ذاته ليس له منفعة يعتد بها عند الناس

وقد يقال فى تعريف المال : هو ما يمكن ادخاره لوقت الحاجة ، وهذا التعريف كالتعريف الأول . وقد يقال هو ما يجرى فيه البذل (أى الاعطاء مجانا أو بعوض) والمنع . فيخرج بالقيد الأول الانسان لأنه لا يمكن بذله ، ويخرج بالقيدين جميعا الأشياء التى لا يمنعها الانسان عادة عمن يريد أن يتناولها لحقارتها ، كالأشياء التى يلقيها أربابها فى الطرق احتقاراً لها بعد أن أصبحت غير صالحة للانتفاع بها ، اما لنفاد منفعتها ، أو لفسادها وتلفها ، وهذه الأشياء لا يجرى فيها البذل أيضا لأنه لا قيمة لها فى نظر المعطى والآخذ ومعاملات الناس .

والمال هو موضوع التعامل بين الناس من بيع ورهن وهبة ووصية الى غير ذلك ، وهو ينقسم بهذا الاعتبار الى أقسام ، تختلف باختلاف الأحكام ، فكان من المناسب بيان تلك الأقسام هنا :

اقسام المال

أولا - ينقسم الى عقار ومنقول

فالعقار هو ما كان ثابتا لا يمكن نقله وتحويله . وهو يشمل جميع أنواع الأرضين من زراعية وأراضى البناء وغيرهما .

والمنقول هو ما يمكن نقله وتحويله سواء بقى حافظا لصورته التى كان عليها قبل النقل ، أم تغيرت صورته بسبب النقل والتحويل . فيشمل جميع أنواع الحيوان ، والذهب والفضة وسائر النقود والمكيلات كالحبوب ، والموزونات كالقطن والسكر وعروض التجارة[1] سواء أكانت مصنوعة أم غير مصنوعة ،

(١) عروض التجارة هى الأشياء المعروضة فى الاسواق للاتجار (البيع والشراء) وهى بحسب العرف تشمل كل شيء من الأموال ما عدا النقود ، وذلك لأن النقود

وكذا البناء والشجر ، فكل من البناء والشجر بالنظر الى ذاته يعتبر منقولا ، لكنه قد يأخذ حكم العقار تبعا له كما فى الشفعة .

ثانياً - ينقسم المال الى قيمى [1] ومثلى

فالمثلى هو ماله نظير فى أسواق التجارة بدون تفاوت بينهما ، أو بتفاوت يسير لايعتد به التجار ، والمشترون ، فهو يشمل المكيلات والموزونات ، والمعدودات التى لاتفاوت بين آحادها كالأشياء المصنوعة من مادة واحدة بحجم وشكل واحد ، وهى لاتحصى كثرة أو تكون آحادها متفاوتة تفاوتا يسيرا فى الحجم كالليمون والبيض وغيرهما مما يباع بالعدد

والقيمى هو مالا يوجد له مثيل فى محال التجارة . أو يوجد ولكن مع وجود التفاوت الذى يعتد به فى المعاملات ، كالابل ، والخيل والبقر ، والجاموس ، والغنم ، والصور الزيتية . والكتب الخطية ، والجواهر الكبيرة من الماس والياقوت والزمرد ، وغيرها من الأحجار الكريمة . والعقارات من الأموال القيمية لأنها تتفاوت بتفاوت مواضعها وبصفتها هى فى ذاتها

ثالثا – ينقسم المال إلى متقوم وغير متقوم [2]

فالمتقوِّم هو مايباح الانتفاع به شرعا فى حالة السعة والاختيار [3] ومنه العقار على اختلاف أنواعه

أثمان تشترى بها الأشياء الاخرى . ومفرد العروض عرض بسكون الراء ،وقد تفتح

(١) القيمى نسبة الى القيمة ، وهو بسكون الياء لا غير ، وبعض الناس يفتح الياء وقد اشتهر هذا على ألسنة الكثيرين ، وهو خطأ . والمثلى نسبة الى المثل

(٢) المتقوم أى الذى له قيمة وهو بكسر الواو . وأما فتحها فهو خطأ . وإن اشتهر على الألسنة

(٣) المراد بحال السعة والاختيار غير حالة الاضطرار . وليعلم أن التشريع الاسلامى له درجتان : (الدرجة الأولى) درجة العزيمة ،والعزيمة هي الفريضة التي

وغير المتقوم هو مالا يباح الانتفاع به فى حالة الاختيار ، لكن يحل الانتفاع به فى حالة الاضطرار كالخمر والخنزير والدم المسفوح والميتة

ويطلق غير المتقوم أيضا على المال المباح قبل الاحراز ، كالسمك فى البحار والأوابد من الحيوان ، والأشجار فى الغابات . والطير فى جو السماء والفلزات فى معادنها ، وسائر المناجم قبل أن تصل اليها يد الانسان

أما اذا ملك الانسان حيواناً فأبق ، أو طيراً فطار من يده فهو لا يزال على ملك صاحبه ، ولا يعد من الأموال المباحة غير المتقومة ، بل هو من الأموال المملوكة بالفعل ، وإن كان المالك عاجزا عنه فى الحال

فائده تقسيم المال إلى اقسامه الثلاثة المتقدمة

بين كل قسمين متقابلين من الأقسام الثلاثة الماضية فروق فى بعض الأحكام تعلم من تتبع أبواب الفقه ، ولنذكر هنا بعضها لأجل الفائدة ، وبيان ثمرة التقسيم

العقار والمنقول

(١) العقار محل للشفعة ، والمنقول ليس محلا لها . إلا إذا دخل فى البيع

أوجبها الله تعالى على عباده إيجابا اصليا غير منظور فيه الى أعذار العباد . (الدرجة الثانية) درجة الرخصة ، والرخصة هى التخفيف . فبعد أن شرع الله تعالى لعباده ذلك الشرع الأول العام ، اقتضت رحمته سبحانه وتعالى أن يشرع شرعا آخر مبنيا على أعذار العباد . فرخص للصائم فى الافطار إذا كان مريضا أو مسافرا . وأباح بل أحل أكل الميتة ولحم الخنزير والدم المسفوح وشرب الخمر فى حالة الاضطرار لدفع الجوع والعطش بقدر ما يدفع كلا منهما . وكذا فى حالة الاكراه . وهذا كله رأفة ورحمة منه بعباده ذوى الاعذار فهو الرؤوف الرحيم

تبعا للعقار كالبناء والأشجار والاشياء المثبتة فى الأرض أو الدار المبيعة على على نية القرار وعدم النقل

(ب) ليس للوصى بيع العقار إلا بمسوغ شرعى كايفاء دين أو دفع حاجة إذا تعين بيع العقار طريقا لذلك ، أو لمصلحة راجحة ، أو اضطرار ، كنزع ملكية العقار لأجل المنافع العامة . وأما المنقول فليس كذلك

(حـ) العقار يصح وقفه بالاجماع ، وأما المنقول ففيه خلاف وتفصيل

(ى) يقدم فى إيفاء الديون بيع المنقول ، على بيع العقار

(هـ) يجوز بيع العقار قبل قبضه ، بخلاف المنقول

القيمى والمثلى

(ا) المثلى يضمن بمثله ، إذا اقتضى الحال الحكم بالضمان ، وعند عدم المثل فى أسواق التجارة يضمن بالقيمة . وأما القيمى فانه يضمن بالقيمة فقط

(ب) المثلى قد يكون دينا فى الذمة وتبرأ ذمة المدين بأداء مثل ما تعلق بذمته متى كان مساويا له فى جنسه ونوعه وقدره ووصفه ، وأما القيمى فلا يكون دينا فى الذمة ، وقد يتعين المثلى بالاشارة اليه كما لو كان مبيعا

(حـ) المثلى تدخله القسمة جبرا ، بخلاف القيمى

المتقوم وغير المتقوم

(ا) المتقوم يضمن بالاتلاف مطلقا ، وغير المتقوم لا يضمن بالاتلاف إلا إذا كان مالكه غير مسلم ، وهو متقوم عند أهل طائفته أو ديانته

(ب) إذا كان غير المتقوم مبيعا فالبيع باطل ، وإن كان ثمنا فالبيع فاسد

(حـ) المباح قبل إحرازه لا يكون محلا لورود أى عقد عليه

(تنبيه) تقسيم المال الى متقوم وغير متقوم لا نظير له فى القوانين الوضعية لأنه لا علاقة للتشريع الوضعي بالدين ، وهذا بخلاف التشريع الالهي الذى مصدره الوحي .

علاقة الانسان بالمال

وبيان معنى الملكية وأقسامها (١)

علاقة الانسان بالمال - هى المالكية بالنسبة للانسان ، والمملوكية بالنسبة للمال ، فالانسان مالك للمال ، والمال مملوك للانسان

والمال بطبيعته محل لأن يتملكه الانسان ، لكن الأموال من حيث قابليتها للتملك شرعا تنقسم الى ثلاثة أقسام :

(الأول) مالا يجوز تمليكه ولا تملكه وهو يشمل المحال التى أعدت لحفظ الحدود والثغور من قلاع وحصون ومرافىء ، وما يتصل بذلك من المعدات اللازمة لها : ويشمل أيضا ما جعل للمنافع العامة كالطرق النافذة والشوارع ، والقناطر ، والجسور المعدة للانتفاع العام ، ما دامت هذه الأشياء على حالتها منتفعاً بها الانتفاع الذى أعدت له . فاذا تغير وصفها واسمها تبعاً لتغير معناها بأن صارت شيئا آخر ، أو أخرجت عما كانت قد أعدت له ، تغير حكمها تبعاً لذلك

(الثانى) ما يمتنع فيه التمليك والتملك إلا إذا وجد مسوغ شرعى لذلك ، وهو يشمل العقارات الموقوفة ، والأرض التابعة لبيت المال (وزارة المالية) فلا يجوز بيع الوقف إلا بمسوغ شرعى ، على ما هو مبين فى موضعه من كتاب الوقف ، كما لا يجوز لولى الأمر أن يتصرف فى بيت المال إلا إذا قضت بذلك المصلحة الراجحة أو الضرورة ، فان أموال بيت المال تحت يد ولى الأمر كأموال اليتيم تحت يد الوصى ، كلا النوعين منوط التصرف فيه بدفع حاجة ، أو يكون لمصلحة راجحة

---

(١) الملكية نسبة الى الملك . والملك هو حيازة الشيء حال كون الحائز قادراً على الاستبداد به أي الانفراد به . والمشهور كسر الميم . وقد تضم

(الثالث) ما يجوز فيه التمليك والتملك مطلقا، وهو ما عدا القسمين الأولين . ومن ذلك الأراضى الزراعية وأراضى البناء وسائر الأموال غير ما ذكرنا فى ذينك القسمين

أنواع الملك

ينقسم الملك الى ملك تام ، وملك ناقص :

(١) الملك التام هو عبارة عن جميع الحقوق الشرعية التى يقبلها المال المملوك . فلمالك العين ملكا تاماً أن يتصرف فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا كيفما شاء لا يحد تصرفاته فى ذلك إلا الحدود الشرعية التى لا يجوز له أن يتعداها ، فله أن يبيع ما يملكه من المال وأن يهبه ويرهنه ويقفه ، وله أن يبنى داره على أى هيئة أراد ، ويزرع الأرض بأى زرع شاء ، وله أن يؤجر ما يملكه — إن كان قابلا لذلك — أو يعيره . ونتاج الملك وثمراته وكل ما يستخرج أو يخرج منه مما له قيمة معتبرة مملوك لمالك الأصل تبعا للملك الأصل .

وقد تكون العين مشتركة بين اثنين أو أكثر ، فيكون فى هذه الحالة لكل واحد من الشركاء حق الملك التام فى حصته الشائعة فى كل العين ، ولا يمنعه أحد من أى تصرف فيها لا يضر بشريكه ، أو شركائه وله أن يطلب القسمة لينفرد بحصته على حدة بالشروط المبينة فى كتاب القسمة .

ومن خصائص الملك التام أنه لا يكون مؤقتا بزمن معين ، فليس له نهاية إلا إذا خرج من يد المالك لسبب من أسباب الملك الشرعية سواء أكان السبب اختياريا أم اضطراريا كالموت ، أو تهلك العين المملوكة ، أو تستهلك ، فبذلك ينتهى الملك لفوات محله بسبب هلاك الشىء المملوك . ومن خصائصه أيضا أن المالك لا يضمن لنفسه إذا تجاوز فى استعماله الحد المتعارف أو تعدى عليه

بالاتلاف ، وذلك لعدم الفائدة من الضمان لاتحاد الضامن والمضمون له فى ذات واحدة ، غاية الأمر أنه قد يعزر إذا قضى الشرع بذلك كما لو كانت العين المملوكة دابة للحمل أو للركوب فأتلفها عمداً ، أو بسبب الاساءة فى استعماله إياها .

(٢) الملك الناقص : هو عبارة عن بعض ما يقبله المال من الحقوق الجائزة شرعا ، وهو إما أن يكون قاصراً على الرقبة ، أو قاصراً على المنفعة

وملك المنفعة أو حق الانتفاع ينقسم الى قسمين : شخصى وعينى . فالأول يتعلق بالشخص ، ويسمى حق انتفاع أو ملك منفعة ، والثانى يتعلق بالعين العقارية ويسمى حق ارتفاق ، وإذاً فالأنواع ثلاثة :

(ا) ملك الرقبة وحدها دون المنفعة . وهذا يتصور فى حالتين :

(الاولى) : أن يوصى شخص بسكنى داره « مثلا » لشخص آخر غير وارث له ، ثم يموت الموصى فيكون للموصى له الانتفاع بالدار بسكناه فيها ، ولورثة الموصى رقبة الدار حتى يموت الموصى له إذا كانت الوصية له بالسكنى مدى حياته ، أو مدة عقد الوصية ان كانت الوصية محددة بمدة كثلاث سنين « مثلا » . وفى هذه الحالة تبقى رقبة الدار معطلة بالنسبة للورثة ، حتى ينتهى أمد الوصية فتعود الدار اليهم بمنافعها كاملة . ولا تنتقل المنافع الى ورثة الموصى له لانهم لم يوص لهم بها من الموصى . ولأن المنافع وحدها لا تورث ، بل تورث تبعا للأعيان

(الثانية) أن يوصى شخص برقبة داره لزيد وبمنافعها لبكر ، على النحو المتقدم .

(ب) حق الانتفاع وملك المنفعة [1] وهذا الحق يستفيده المنتفع

---

(١) الفرق بين حق الانتفاع وملك المنفعة ، إن الأول يستوفيه الانسان بنفسه فقط وقد يعيره لغيره ، وأما الثانى فان له أن ينتفع بنفسه وأن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بدون عوض ، على ما هو مبين فى كتاب الاجارة والاعارة

بغير عقد أو بعقد ، أما استفادته بغير عقد فانه يكون فى الوقف باعتبار المنتفع مستحقا فيه ، وقد يكون بالاباحة (١)

وأما استفادته بالعقد فان كانت المنفعة يقابلها عوض مالى يؤديه المنتفع الى مالك العين فان هذا العقد يسمى إجارة (٢) ؛ وتسمى العين المنتفع بها مجانا عارية ، وإن كان بعد وفاة المالك سمى وصية بالمنفعة

فحق الانتفاع يستفاد بخمسة أسباب لا غير : الوقف ، والاباحة ، والاجارة ، والاعارة ، والوصية . وهذا بخلاف الملك التام فانه يستفاد بكل أسباب الملك الآتى بيانها

وللانتفاع طريقان : (أحدهما) الاستغلال وذلك بأن يؤجر مالك المنفعة العين التى له منفعتها لغيره فى مقابلة أجرة يأخذها منه لنفسه (وثانيهما) أن يستوفى هو المنافع بنفسه

وعقد الاجارة يخول المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه ، كما يخول له أيضا تمليك المنفعة كلها أو بعضها لغيره بعوض ، أو بدون عوض . وسيأتى توضيح ذلك فى كتاب الاجارة

والوقف إذا نص الواقف فى كتاب وقفه (الوقفيه) على أن المستحق له الحق أن ينتفع بالوقف بنفسه ، وله ان يستغله ، فان المستحق يكون له بناء على هذا النص أن ينتفع بالعين الموقوفة وأن يستغلها . وان نص الواقف على أن للمستحق الانتفاع وسكت عن الاستغلال ، كان الموقوف عليه الانتفاع فقط

---

(١) معنى الاباحة هو أن يأذن لغيره بالانتفاع بماله أو بتملكه ، لا على وجه التعاقد ، وقد يكون الاذن عاما او خاصا ، ولا يشترط أن يكون المأذون له بذلك معلوما للاذن بشخصه أو باسمه . مثاله الضيافة العامة والخاصة ، ونثر النقود فى العرس ونحوه ليأخذها من تصل يده اليها ، ومن ذلك مالو ألقى الانسان شيئا من ماله أو سيبه وقال من أراد أن يأخذه فليأخذه

(٢) يسمى إجارة ، وإن كان الانتفاع بدون عوض فان كان حال حياة المالك فانه يسمى إعارة

وليس له الاستغلال . وان كان الواقف قد نص على الاستغلال ولم يتعرض لذكر الانتفاع ففي حكم المسألة رأيان : - أحدهما - أن للموقوف عليه الحق في الاستغلال فقط - وثانيهما - أن له أن يستغل وله أيضا أن ينتفع بنفسه ، وذلك لأن الذي يملك تمليك المنفعة لغيره في مقابلة الأجرة التي يأخذها من الغير لنفسه له الحق أيضا بل بطريق الأولى أن يستبقي المنفعة لنفسه ؛ وأما الرأي الأول فوجهة النظر فيه أن الغلة لها معنى خاص ، والمنفعة لها معنى خاص أيضا ، فمن ملك احدهما لا يملك الآخر . لكن الرأي المتقدم هو الأوجه للسبب المذكور هناك .

وإن سكت الواقف في كتاب وقفه فلم ينص على استغلال ولا منفعة ، ففي المسألة رأيان أيضا : الاول - أن الموقوف عليه يملك الاستغلال ، ويملك الانتفاع بنفسه . والثاني - أنه يملك الاستغلال فقط . وهذا هو مذهب الامام أبي حنيفه واصحابه الذي عليه العمل في محاكمنا الشرعية المصرية .

وحكم الوصية بالمنفعة على التفصيل والخلاف اللذين ذكرناهما في الوقف آنفا . وهو أيضا مما تختص به المحاكم الشرعية ، وستأتي التفصيلات المتعلقة بالوقف في دروس الوقف والتفصيلات المتعلقة بالوصية في دروس الوصية . ويرى بعض أئمة الشريعة ومنهم الشافعي وأحمد بن حنبل أن من ملك المنفعة ملك الاستغلال أيضا ؛ ومن ملك الاستغلال ملك المنفعة

وأما عقد الاعارة فانه لايخول للمستعير إلا الانتفاع بنفسه فقط ولكن يجوز له أن يعير العارية لغيره بشروط ستأتي مبينة في كتاب العارية

وأنواع الأموال تقبل كل هـــذه الحقوق لافرق فيها بين عقار ومنقول إلا في الوقف فان فيه خلافا في وقف المنقول سترونه في موضعه

خصائص الانتفاع وملك المنفعة : لما كانت العين المنتفع بها

ليست ملكا للمنتفع وجب عليه أن يحافظ عليها كما يحافظ على ملك نفسه ، ثم ان كان الانتفاع مقيدا بقيد فليس للمنتفع أن يخالف الشرط إلى ما هو أضر ولا أكثر ، وان كان غير مقيد بأي قيد فله أن ينتفع الانتفاع المعتاد على حسب ماجرى به عرف الناس بدون أية مخالفة لذلك

وعلى ذلك لا يكون لمستأجر الدابة ، أو مستعيرها أن ينتفع بها أكثر من المدة التى أعطيها ، وليس له أن يضر بها ، ولا يكبحها بلجامها ، ولا يسيرها فوق المعتاد ، ولا أن يتجاوز بها المكان المعين فى العقد ، ويستثنى من ذلك مايتسامح فيه الناس عادة ، وليس له أن يسيرها سيرا عنيفا فوق المعتاد ، ولا أن يذهب بها إلى المحل المعين من طريق أكثر مشقة من الطريق الذى عينه له صاحب الدابة . وليس له أيضا اذا كان قد استأجرها أو استعارها لحمل أردب من القمح أن يحمل عليها أردبا ونصفا (مثلا) أو يحمل عليها حديداً أو رصاصا بدل أن يحمل عليها قمحا ، وهكذا

متى يجب الضمان على المنتفع ؟ . الانتفاع بالعين إما أن يتم مع بقائها ، أو لا يتم إلا باستهلاكها . فان كان الأول فان العين تكون أمانة فى يد المنتفع ، فاذا تلفت ، أو تعيبت ، وكان ذلك ناشئاً من تعديه أو اهماله فى المحافظة على العين ، أو مجاوزته الشرط الى مافوقه ، أو حبسه العين بعد انقضاء مدة الانتفاع بها بدون حق ، فانه يجب عليه الضمان فى كل حالة من هذه الحالات ، وإن لم يكن شيء من ذلك فلا ضمان على المنتفع إذا هلكت العين أو انقصت قيمتها بالاستعمال . وبالجملة فكل تلف أو نقص ينشأ عن تعد أو إهمال من المنتفع يوجب الضمان على المنتفع . وفيما عدا ذلك لا ضمان . فأنت ترى من هذا أن المنتفع يضمن العين المنتفع بها فى بعض الأحوال ،

وأما مالك المال فانه لا يضمنه لأحد إذا هلك المال فى يده بأى سبب ، والفرق قد بيناه فى موضعه هناك

والأعيان المثلية تضمن بمثلها إن كان لها مثل فى أسواق التجارة ، وإلا ضمنت بقيمتها كالذى يستأجر أو يستعير أدوات للأكل من شوك وسكاكين وملاعق وأطباق وفوط ونحو ذلك ثم تتلف هذه الأشياء كلها أو بعضها بسبب التعدى أو الاهمال . وأما الأعيان القيمية فانها تضمن بقيمتها كالذى يستأجر أو يستعير فرساً أو بعيرا فيتلف ذلك بسبب موجب للضمان

ومن خصائص حق الانتفاع وملك المنفعة أن لكل واحد منهما مدى ينتهى إليه حتما بخلاف ملك الأعيان كما قدمنا . ومن هنا يعلم أن المنفعة لا تنتقل بالميراث أصلا فانتقال الاستحقاق فى الوقف من الأولاد الى أولاد الأولاد إنما هو بشرط الواقف لا بالميراث فليتنبه لهذا

وكل من حق الانتفاع أو ملك المنفعة ينتهى بموت المنتفع ، أو بانقضاء المدة المعينة له إن كان له مدة ، وبهلاك العين المنتفع بها طبعا . إلا أنه اذا انقضت المدة المعينة للانتفاع ، أو مات المنتفع فى أثناء المدة وكانت الارض مشغولة بزرع المنتفع ، والزرع بقل لم يدرك ، فان الزرع يترك بالأجر المسمى (أى المتفق عليه بين العاقدين من قبل) فى حالة موت المنتفع قبل مضى المدة ، ويترك بأجر المثل (على حسب ما يقدره الخبراء) بعد انقضاء المـــدة .

واذا كان فى الارض المنتفع بها شجر أو بناء للمنتفع فسترى حكم ذلك مفصلا فى الاجارة والاعارة والوصية والوقف فى مواضعه هناك

(حـ) حق الارتفـاق (١) هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر

---

(١) معنى الارتفـاق فى اللغة الاستعانة والاتكاء على مرفق اليد ، ومنه أخذ المعنى الشرعى كما هو ظاهر

مالكه غير مالك العقار الأول ، فان كان العقاران لمالك واحد فلا يقال ان هناك حق ارتفاق ، وذلك لعدم تعلق الأحكام به قصداً فى هذه الحالة .

فالفرق بين حق الانتفاع وحق الارتفاق أن الأول حق شخصى يستفيده الانسان أما بشخصه كما لو قال الواقف ، أو الموصى وقفت على فلان الخ أو وصيت لفلان بسكنى دارى مدة حياته ، وأما بوصفه ، كأن يقول وقفت على الفقراء ، أو طلبة العلم بالجامعة المصرية ، أو أوصيت بسكنى دارى الفلانية لطلبة العلم من الغرباء بالأزهر الخ . وأما حق الارتفاق فهو حق عينى مقرر على العين بصرف النظر عن مالكها حتى اذا تغير المالك فالحق باق على ما هو عليه . وقد يكون حق الارتفاق حقاً مقرراً لغير عقار على عقار كحق المرور

وحقوق الارتفاق إما أن تكون على عقارات أو أموال عامة ، وإما أن تكون على أملاك خاصة مشتركة بين اثنين فأكثر ، أو غير مشتركة والقاعدة الأساسية أن الارتفاق بالأموال العامة كالطرق النافذة غير المملوكة لأحد والقناطر والجسور والأنهار العظيمة كنهر النيل والترع التى تتفرع منه ، وتكون غير مملوكة للأفراد ، هو ارتفاق مباح لكل أحد بشرط ألا يضر بالعامة . والارتفاق بالأموال الخاصة يشترط فيه إذن ملاكها . وان القديم الذى لا يعرف أوله يبقى على قدمه ولا يغير ، حملا له على سبب مشروع ، إلا اذا كان مضراً كالمسيل القذر فى الطريق العام أو الخاص فانه يجب إزالته ولو كان قديماً لا يحترم قدمه وعندنا الآن فى قوانين ولوائح الرى والتنظيم ما فيه الكفاية من الأحكام وشروط الارتفاق مما يضمن عدم الاضرار بالناس . ويحمى الأملاك الخاصة ويسهل للناس والشركات حقوق الارتفاق بالقدر الممكن المتحقق فيه الغرضان الشرعيان المذكوران آنفا

ويندرج تحت حق الارتفاق الحقوق الآتية . حق الشرب . وحق الشفة ، وحق المجرى ، والمسيل ، والمرور وحقوق الجوار

حق الشرب والشفة

معنى الشرب (١) فى اللغة النصيب من الماء ، ومعناه فى الاصطلاح الشرعى نوبة الانتفاع بالماء سقيا للارض للزرع والشجر . والمراد بحق الشفة حق شرب (٢) الانسان والدواب

والمياه تنقسم بالنسبة لحق الانتفاع بها الى ثلاثة أقسام : —

(الأول) الماء الجارى الذى يكون فى مجار غير مملوكة لأحد ، ملكا خاصاً كنهر النيل ، والترع العظيمة التى تتفرع منه ، وحكم هذا النوع من الماء أن لكل أحد الحق فى أن ينتفع به فى رى أرضه وسقى زرعه وشجره ، وفى شربه وشرب دوابه ، وفى استعماله فى جميع حاجاته المنزلية وفى شق جداول منه لرى أرضه ، وفتح كُوَى عليه كما يشاء ليصل الماء بمروره منها الى أرضه . وله نصب الآلات البخارية وغير البخارية عليه لجر الماء الذى يريده ، ولم تقيد الشريعة هذا الحق إلا بقيد واحد وهو عدم اضرار الانسان بغيره من الناس بسبب استعماله حقه فى الانتفاع بهذا النوع من الماء ، وذلك لان هذا الماء مباح غير مملوك لأحد ، وإذا يجوز لكل أحد أن ينتفع به ، لكن شرط جواز الانتفاع بالمباح ألا يضر الانسان بغيره ، ولا شك أن لكل زمان ومكان ما يناسبه من النظم لتحقيق هذا الغرض الشرعى العادل ، وعندنا فى لوائح الرى ماهو كفيل بهذا على أحسن حال .

---

(١) الشرب بكسر الشين وسكون الراء قال تعالى « ونبئهم ان الماء قسمة بينهم ، كل شرب محتضر » أى يحضره مستحقه .

(٢) الشرب بضم الشين هو تناول الماء بالشفة لايصاله الى الجوف ، ولذلك سمى حق الشفة ، وهو حق الانسان والدواب لأجل دفع العطش والغذاء ، إذ الماء من الغذاء وهو ضرورى للانسان وللدواب ولكل حى .

قدمنا فيما مضى أن معنى الملك هو حيازة الشيء حال كون الحائز قادرا على الاستبداد بما حازه . وعلى هذا فان المـــاء الجارى حال جريانه غير مملوك لأحد ، ولا يتصور أن يكون مملوكا إلا إذا كان محرزا بالفعل ، كذلك مجرى الماء غير مملوك لأحد ، لأنه لا يمكن الاستيلاء عليه مع جريان الماء المستمر ، فقهر الماء يمنع قهر غيره ، فلا يملك أحد على الخصوص المـاء ولا مجراه لعدم إمكان الاستيلاء الذى به يتحقق معنى الملك ، فاذاً يكون ذلك حقا للجميع فلكل أن ينتفع به مع اشتراط عدم الاضرار بغيره . ويؤيد هذا ما قاله النبي ﷺ « الناس شركاء فى ثلاثة ، الماء والكلأ ، والنار » والمراد بالماء ماليس محرزا ، فاذا أحرز فقد أصبح مملوكا . وشركة الناس فى هذه الأشياء الثلاثة شركة إباحة لا شركة ملك ، فمن سبق إلى أخذ شيء من ذلك فى اناء أو غيره وأحرزه فهو أحق به ، وهو ملك له دون سواه ، يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك الشرعية ، وإذا مات يورث عنه ، ويجوز فيه وصاياه كما يجوز ذلك فى سائر أملاكه . وهذا الحكم ينتظم جميع الأموال المباحة فمن سبقت يده إلى شيء منها كان مالكا له ملكا تاما كصيد البر والبحر وأشجار الغابات ومافى معادن الأرض من الفلزات . والمراد بالكلأ الحشيش الذى ينبت بنفسه ، من غير أن ينبته أحد ، ومن غير أن يزرعه ويسقيه ، فيملكه من قطعه وأحرزه ، وإن كان فى أرض غيره ، وذلك لأن الكلأ مال مباح سبقت اليه يد من أحرزه فليس لمالك الأرض التى نبت فيها هذا الكلأ أن يمنع أى انسان من إحرازه وإن كان له الحق فى منع الناس من الدخول فى أرضه إلا باذنه فهذا غير ذاك . والمراد بالنـــار هو الاستضاءة بضوئها ، والاصطلاء بها ، والايقاد من لهبها ، وخياطة الثياب حولها وهكذا . فمن أوقد ناراً فى مفازة فانهـا تكون شركة بينه وبين الناس جميعـا فيما تقدم ، وان

أوقدها فى موضع مملوك له كان له أن يمنع الناس من الدخول فى ملكه لا من الانتفاع بناره .

(الثانى) الماء الذى يكون فى مجار مملوكة ، وحكمه شرعا أنه يجوز لكل أحد أن ينتفع به فى شربه منه ، وسقى دوابه ، لا أرضه ، أى أنه يثبت فيه حق الشفة دون حق الشرب . وهل يجوز استعماله فى الوضوء وغسل الثياب ، وأن ينقل منه انسان مقدارا ليسقى شجرا له أو خضرا فى داره ؟ رأيان والأصح الجواز

وإذا خيف تخريب ضفة الجدول المملوك مجراه أو البئر المملوكة ونحوهما بسبب كثرة الدواب التى ترد الماء للشرب منه فلصاحب الجدول أو البئر أن يمنع الناس من ورود ماء الجدول والبئر ، وكذلك إذا كان كل من الجدول والبئر والساقية ونحوها داخل أرض مملوكة لانسان فله أن يمنع من يريد الانتفاع بالماء من دخول ملكه ، وفى هذه الحالة يقال لرب تلك الأرض : أما أن تخرج الماء اليه أو تتركه يأخذ كفايته بشرط ألا يكسر حافة البئر أو ضفة الجدول ، فان أبى ومنعه الماء ، وكان من يريد الاستقاء يخشى على نفسه ودابته العطش كان له أن يقاتل من منعه بالسلاح [١] لأنه قصد اتلاف نفسه بمنعه من الشرب ، وهو حقه لأن الماء فى البئر والنهر المملوك مجراه ونحوهما مباح غير مملوك لعدم احرازه ، فكان لكل واحد فيه حق الشفة ويؤيده الحديث المتقدم « الناس شركاء فى ثلاثة الخ » والآبار والجداول

---

(١) وقيل أن الأولى أن يقاتله بغير سلاح لأن المانع ارتكب معصية يستوجب عليها التعزير اه ويؤخذ من هذا القول أن له أيضا أن يقاتله بالسلاح . واذا ينبغى أن يجرب الممنوع مع المانع أولا المقاتلة بغير سلاح فان لم يصل الى الماء بذلك كان له أن يقاتله بالسلاح صونا لحياته من التلف .

المملوكة لم توضع لاحراز الماء فهى ليست كالأوانى والجرار الموضوعة لذلك

حكى أبو يوسف رحمه الله تعالى فى كتاب الخراج أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر ، فلم يدلوهم عليها ، فقالوا ان اعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تتقطع من العطش فدلونا على البئر ، وأعطونا دلوا نستقى بها ، فلم يفعلوا . فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فقال : فهلا وضعتم فيه السلاح .

ومن المعلوم أن حاجة الانسان الى الماء تتجدد ساعة فساعة ، ومن سافر لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه إلى أن يرجع إلى وطنه ، فيحتاج إلى أن يأخذ الماء من الآبار والأنهار التى تكون على طريقه لنفسه ولدابته ، وصاحب البئر أو النهر لا يتضرر بذلك القدر ، ولو منعه من ذلك لحقه حرج عظيم ، والحرج مدفوع شرعا ، وهذا بخلاف سقى الأرض حيث يمنع صاحب الماء عنه ، لأن إباحة ذلك قد تؤدى إلى إبطال حق المالك ، إذ لا نهاية لأخذ الماء لسقى الأرض فيلحق مالك البئر ونحوها ضرر ، وليس الشرب كذلك . على أنه إذا كانت الشفة تأتى على الماء كله كأن يكون الجدول صغيرا ، وفيما يرد عليه من المواشى كثرة ينقطع بسببها الماء ، فالأكثرون من الفقهاء قالوا ان لصاحب الجدول والبئر ونحوهما أن يمنع الناس من ورود مائه لأنه يلحقه ضرر بذلك ، كالضرر الذى يلحقه من سقى الأرض ، وذهب بعضهم إلى أنه ليس له حق المنع ، عملا باطلاق الحديث . والسبب الذى دعاهم إلى الاختلاف فى هذا الماء غير المحرز الموجود فى بئر أو ساقية أو نهر مملوك أنه ليس مباحا من كل وجه كالماء الذى فى مجار غير مملوكة ، ولا هو مملوك كالماء المحرز فى الأوانى ونحوها بل هو بين بين ، فبعضهم رأى أنه مستحق غير مملوك فيكون مباحا من بعض الوجوه ؛ وبعضهم تمسك باطلاق الحديث . أقول والحق فى

ذلك أن الحديث وان كان ظاهره الاطلاق لأنه لم يعتبر اشتراك النـاس فى المـــاء بحالة دون حالة لكن يجب تقييده بالحديث الآخر وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لاضرر ولاضرار »

وما تقدم يتعلق بانتفاع غير المالك بمـاء البئر والنهر المملوك بجراه ، فأما المالك فاما أن يكون واحدا أو أكثر ، فان كان واحدا فله الانتفاع بماء بئره أو ساقيته أو نهره كما يشاء ، وإن كان النهر (ونحوه) مشتركا فليس لأحد الشركاء أن يشق من النهر جدولا أو ينصب عليه آلة بخارية ونحوها ممـا يضر الشركاء ، وينقصهم حقوقهم ، ويميزه عنهم ، إذ مقتضى الشركة العدل والمساواة فيأخذ كل شريك حقه على نسبة حصته إن لم يكن بينهم اتفاق على غير ذلك . فان كان تصرف بعض الشركاء لايضر بسائرهم ، فلا يمنع من تصرفه هذا .

ولانتفاع الشركاء بالماء طريقتان (الأولى) المناوبة الزمانية ، فكل واحد يأخذ فى نوبته من الماء مايخصه ويمتنع الآخرون من أخذ الماء فى هذه الحالة. (والثانية) توزيع المـاء بواسطة الكوى أى الفتحات التى تكون على النهر المشترك وتكون بنسبة ما يملكه كل منهم فاذا كان لواحد حصة فى الماء كان له كوة واحدة (مثلا) وإذا كان للثانى حصتان كان له كوتان ، وإذا كان للثالث خمس حصص فى المـــاء كان له خمس كوى وتفتح الكوى فى آن واحد . وفى هذا المقـام تفصيلات كثيرة ينبغى الرجوع اليهـا فى مطولات الكتب الفقهية .

(الثالث) الماء المحرز فى الأوانى كالصهاريج والحياض والجرار وسائر الأوانى مملوك لحائزه بسبب الاحراز ، وعلى هذا فليس لأحد أن ينتفع به إلا باذن صاحبه ، لأنه ملكه بالاحراز : ولكن إذا خشى إنسان على نفسه

التلف بسبب العطش ، ولم يجد إلا ذلك الماء المحرر ، وكان صاحبه يمنعه منه، فله أن يقاتله بغير السلاح حتى يحصل على ما يسد به رمقه من المـاء ، وعليه ضمان ما أخذ ، أى دفع قيمته ، وذلك لأن حل الأخذ للاضطرار لا ينـافى الضمان . وحكم الطعام عند المخمصة (المجاعة) كحكم المـاء المحرز فى هذه الحالة تماما .

لكن لما كان فى هذا الماء المحرز شبهة الشركة لظاهر الحديث المتقدم عمل به فيما يسقط بالشبهة ، حتى لو سرق انسان ماء محرزا فى موضع يعز المـاء فيه وقد بلغت قيمة المسروق نصاب السرقة ، فانه لا يقام عليه الحد . هذا - وكرى (أى إصلاح) الانهار غير المملوكة يكون من بيت المال (أى من المالية) لأن ذلك لمصلحة عامة . ومال بيت المال معد للمصالح العامة ، فكانت مؤونة الكرى منه ، فان لم يكن فى بيت المال شيء ينفق منه ، فان الناس يجبرون على كرى تلك الانهـار ، والذى يجبرهم هو الامام (ولى الأمر الشرعى) لأنه نصب ناظرا على المصالح العامة ، وفى ترك الكرى ضرر عظيم على النـاس . والطريقة التى تتبع شرعا لذلك هى أن يقوم بعمل الكرى من يطيقه من الرجال الأقوياء ، وتجعـل المؤنة على الميـاسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم أو يأنفون من ذلك . وكرى الأنهار المملوكة على ملاكها ، ويجبر الآبى منهم وانما كان الكرى عليهم لأن المنفعة لهم ، والغرم بالغنم ، وانما يجبر الآبى منهم لأجل ذلك ، ولا يليق أن يضر أحد الشركاء سائرهم .

(تنبيه) قد يكون للانسان حق الشرب بدون أن يكون له ملك فى مجراه ، وصح دعوى الانسان حق الشرب بدون أن يكون مالكا للارض ، وذلك لأن حق الشرب يملك بالارث ، وبالوصية ، وهذا بالاتفاق ، وقد يبيع المالك الأرض دون حق الشرب ، فيبقى له الشرب وحده ، فاذا استولى عليه غيره

بدون حق ،كان له أن يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة

وهل يجوز بيع الشرب ، وهبته، وإجاره ؟ الصحيح أنه لايجوز شيء من ذلك لأن حق الشرب ليس بمال متقوم ، وأما السبب فى كونه يورث وتجوز الوصية بالانتفاع به فهو أن الملك بالارث يقع تبعا لاقصدا ، وما يجرى فيه الارث تجرى فيه الوصية ، لأن كل واحد منهما ينتقل فيه الملك بعدموت من انتقل الملك عنه ، ولذا قالوا : الوصية أخت الميراث، تستقى أحكامها منه . وأما البيع ، والهبة ، والاجارة ، فان التمليك بكل واحد منها يثبت قصدا . ولو أن الشرب بيع تبعا للارض جاز بيعه بالاتفاق . ومن الأسباب المانعة لبيع الشرب قصدا انه مجهول الكمية ، ومجهول الحال ، وبيع المجهول لا يصح لما فيه من الغرر والظلم ، وقيل يصح قصدا إذا جرى العرف بذلك ؛ إذ العرف فى الشرع له اعتبار ، مالم يصادم نصا قطعيا

وإذا كان لرجل أرض ، ولآخر فيها نهر ، فاراد رب الأرض ألا يجرى النهر فى أرضه ، لم يكن له ذلك ، بل يترك على حاله . وذلك لأن موضع النهر من تلك الأرض هو فى يد رب النهر ، وهو مستعمل له باجراء مائه فيه ،فعند الاختلاف يكون القول قوله ، فى أنه ملكه ،لأن الظاهر يشهد له بذلك ، فيقضى له به بمقتضى تلك القرينة . أما إذا لم يكن النهر فى يده ، ولم يكن جاريا فيها ماؤه ، فعليه البينة أن هذا النهر له ، أو أنه قد كان له حق إجراء من هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها ، فيقضى له لاثباته بالحجة ملك الرقبة ، اذا كانت الدعوى فيه ، أو يقضى بحق الاجراء ، إذا كانت الدعوى به فقط ، ولم يكن ادعى ملك المجرى وشهدت البينة بذلك . وعلى هذا الأساس يكون الحكم فى دعوى المصب فى نهر (المسيل) أو على سطح دار ، أو فى الميزاب (المزراب) ، أو الممشي (المرور) في دارٍ أو أرضٍ غيره ، فحكم الاختلاف فى كل ذلك

كحكمه في دعوى الشرب من حيث ملكية العين ، أو الحق فقط ، على حسب شهاده الظاهر أو البينة

وأرى أن فى هذا القدر كفاية هنا . ولنرجع إلى ما بقى من المسائل فى الكتب الفقهية المطولة فانه كثير جدا ومتشعب

حق المجرى ، والمرور ، والمسيل

حق المجرى أو حق الاجراء ، هو أن يكون لانسان الحق فى إجراء الماء فى ملك جاره ، إلى ملك نفسه ، وقد تكون رقبة المجرى مملوكة له ، أو يكون له حق الاجراء فقط . وحق المرور أن يكون لشخص الحق فى أن يمر من ملك جاره إلى ملكه ، وحده ، أو بدوابه ونحوها ، وقد يكون له ملك الطريق الذى يمر به وسط ملك جاره ، أو يكون مشتركا بينهما فقط ، أو بينهما وبين غيرهما ، وحق المسيل هو أن يكون لشخص حق تصريف المياه الزائدة فى ملكه من ملك جاره ، أو يكون مالكا للمجرى الذى تسيل فيه مياهه الزائدة فى وسط ملك جاره . وبالجملة فهو إما أن يكون مالكا الرقبة والحق جميعا سواء أكان الملك خالصا له ، أم مشتركا بينه وبين غيره فى كل ذلك ، وإما أن يكون مالكا الحق فقط فى كل من الاجراء والمرور والاسالة

وكل واحد من الحقوق الثلاثة إما أن يكون قديماً ، أى لا يدرى أوله ، ولا يوجد من يعرفه إلا بالحالة التى هو عليها الآن ، وإما أن يكون جديداً ، أى يوجد فى أهل العصر من يعرف تاريخ حدوثه

فان كان شىء منها قديماً غير مضر فانه يبقى على حاله ، لأنه يعتبر حقاً مكتسبا بسبب صحيح ، حملا لحال الناس على الصلاح

والقاعدة الشرعية هي أن القديم يبقى على قدمه ، اذا كان غير مضر ما لم

يقم الدليل على بطلانه : أو يقال « الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على بطلانه » أما اذا كان مضراً كمسيل قذر فى الطريق العام أو الخاص ، فانه يزال ، ولا يبالى بقدمه لعدم مشروعيته أصلا ، فيعطى فى البقاء حكم الابتداء.

وأما الحديث فان كان فى عقار مملوك ، أو فى زقاق غير نافذ ، فلا يجوز إحداثه إلا باذن المالك ، أو أهل الزقاق . ومع ذلك فللآذن أن يرجع عن إذنه ، ويبطل ما أذن به لأن هذا الاذن من قبيل الاباحة ، وهى تبرع غير لازم ؛ وان كان فى الطريق العام فيشترط أن يكون غير مضر بالعامة ، فان كان مضراً بهم وجبت إزالة عينه ؛ وفى لوائح التنظيم ما به الكفاية لذلك .

وإذا كان لأحد مجرى أو مسيل فى أرض أو دار غيره فحصل بالمجرى أو المسيل خلل ، تسبب عنه للجار ضرر ، فللجار أن يجبر صاحب المجرى أو المسيل على دفع الضرر عنه باصلاح مجراه أو مسيله . واذا أراد صاحب المجرى أو المسيل الاصلاح بنفسه أو بعامل يؤجره لذلك ؛ فمنعه الجار من دخول أرضه أو داره ؛ فانه يقال للجار : إما أن تمكنه من إجراء الاصلاح ولا تمنعه ، وإما أن تقوم أنت بذلك بمالك أو بنفسك . فلا يجوز أن يحرم صاحب المجرى أو المسيل من الانتفاع بحقه ، بأى حال من الأحوال .

خلاصة

فى بيان الفروق بين الشرب والمجرى والمسيل

الشرب ـ حق الشرب هو حق الانتفاع بالماء لرى الأرض ، ولسقى الزرع ويستفاد هذا الحق أولا من كون ماء الأنهار العظيمة التى ليس لها ملاك على

الخصوص مباحاً لانتفاع جميع الناس به فى كل حاجاتهم من رى أرض ، وسقى زرع ، وشرب ، واستعمالات أخرى كذلك الأنهار الجارية المملوكة مجاريها لأناس على الخصوص ، يكون لملاكها الحق فى الانتفاع بمائها فى رى الأرض وسقيها الخ . ومثلها فى ذلك الآبار والعيون الخ . وينتقل حق الشرب ممن استفاده أولا الى غيره بالميراث ، وبالوصية ، وكذا بالبيع ، على الخلاف فى الأخير

والشرب هو المقدار الذى يستحقه الانسان لحاجاته الزراعية ،فان كان له فى حق الشرب ، وقد تراضوا على طريقة يعملون بها فلا اعتراض عليهم لأحد ، وان اختلفوا وزع عليهم الماء بطريق الكوى أو المناوبة الزمنية توزيعاً عادلا

وللانتفاع بحق الشرب طريقان : الأول ـ أن تكون الأرض بجانب الماء وفى هذه الحالة يستقى من الماء اما بآلة بخارية . أو بساقية (دولاب) واما بشق جدول تمر منه المياه التى تروى بها الأرض . الثانى ـ أن تكون الأرض بعيدة عن مجرى الماء وفى هذه الحالة يشق مجرى يصل الماء بواسطته الى تلك الأرض البعيدة ، وهذا المجرى قد يكون على سطح الأرض ، أو يكون أنابيب ينتقل الماء بواسطتها إلى الأرض المراد إيصاله اليها . وقد يجمع بين الأمرين ، وأرض المجرى قد تكون مملوكة لمن له حق الاجراء وقد تكون مملوكة لغيره ، وانما له حق الاجراء فقط . ثم ان كان المجرى يراد احداثه فى أرض مملوكة فلا بد من إذن صاحب تلك الأرض ، والاتفاق معه ، وإن كان فى أرض غير مملوكة فلا حاجة إلى الاذن ، وانما الشرط الوحيد هو عدم الاضرار بالغير

والمسيل هو مجرى على سطح الأرض ،أو أنابيب تنشأ لتصريف

المياه االزائدة منها ؛ وهو المصرف . وقد يكون المسيل لأجل إصلاح الأراضى الزراعية ، واعدادها للانتفاع بها ، وتصرف المياه الزائدة ، كما يكون لأجل تصريف الفضلات المنزلية ونحوها . وأرض المسيل قد تكون ملكا لمن له حق الاسالة ، وقد تكون ملكا لغيره ، والشأن فيها كالشأن فى المجرى . والفرق بينهما أن المجرى الغرض منه جلب المياه الصالحة للاستعمال . والمسيل الغرض منه تصريف المياه غير الصالحة ، أو الزائدة على الحاجة . ثم إن كان كل من المجرى والمسيل قديماً أى لا يدرى أوله كان حقا مكتسبا ، وإلا لا يطالب صاحب كل منهما باقامة الدليل على أنه صاحب حق فى المجرى أو المسيل ، غير أن المسيل إذا كان قذراً فى طريق عام أو خاص فانه لا يبالى بقدمه بل تجب إزالته لأن الضرر على أى حال كان ، لا بد أن يزال . وإصلاح كل من المجرى والمسيل على المرتفق بهما . ومن هذا يتبين الفرق بين كل من الشرب والمجرى والمسيل ، وقد تقدمت أحكام كل منها فى مواضعها ، ولها تفصيلات واسعة مذكورة فى كتب الشريعة الاسلامية . ولا يتحمل المقام إيرادها هنا

فائدة

حقوق الارتفاق (حق الشرب والمجرى والمسيل والمرور) تدخل فى الاجارة وفى الوقف تبعا بدون ذكرها فى العقد . فلو قال شخص لآخر أجرتك أرضى الفلانية ؛ أو دارى الفلانية فانه يكون للمستأجر حقوق الارتفاق التى للارض ، أو الدار ، ولو لم يأت لها ذكر فى العقد أصلا . وكذا لو وقف إنسان أرضا أو داراً وكان للعين الموقوفة حقوق ارتفاق على غيرها فان تلك الحقوق تدخل فى الوقف أيضا ، تبعا ، وإن لم يرد لها ذكر فى عقد الوقف

أما لوقال شخص لآخر بعتك أرضى ، أو دارى الفلانية بدون أن أن يذكر حقوق الارتفاق فان تلك الحقوق لاتدخل فى البيع تبعا ، بل يشترط لدخولها فى البيع أن يقول البائع للمشترى بعت لك أرضى ، أو دارى بحقوقها ، أو بمرافقها ، أو يذكر تلك الحقوق والمرافق بالتفصيل . والفرق ان كلا من الاجارة والوقف يراد للانتفاع به فى الحال ، وبدون المرافق لا يمكن الانتفاع ، وأما البيع فقد يراد للانتفاع فى الحال وقد يستبقى المشترى العين المبيعة بدون أن ينتفع بها إلى أجل . ومع هذا فاذا وجدت حالة لم يدخل فيها الطريق فى المبيع تبعا وليس للمبيع مسلك إلى الشارع كان للمشترى أن يرد المبيع على البائع إذا شاء ، بشرط أن يكون غير عالم وقت البيع بأن المبيع ليس له طريق يوصل منه اليه

حقوق الجوار

العقار المملوك إما مشترك بين اثنين فأكثر ، وإما غير مشترك . وغير المشترك إما أن يتعلق به حق لغير مالكه أو يكون خالصا له ، فالأقسام ثلاثة .

(الأول) أن يكون العقار مشتركا على الشيوع : أى لكل واحد من الشركاء حصة شائعة فى العقار كله بنسبة معينة ، كالنصف أو الربع ، أو السدس الخ . وحكمه أن يكون تصرف كل واحد من الشركاء غير ضار بحقوق الآخرين ، فلا يتعدى المتصرف على حق أحد من شركائه ولا ينقصه ، وهذا إذا لم يتفقوا فيما بينهم على شىء فان اتفقوا على شىء معين ، وتراضوا عليه فالأمر لهم وحدهم فى ذلك ، لأن العقار ملكهم ، مادام هذا الاتفاق قد استوفى شروطه الشرعية .

(الثاني) أن يتعلق بالملك حق الغير ، كأن تكون دار مشتركة بين اثنين

لأحدهما الدور العلوى منها وللآخر الدور الأرضى «السفلى» فالسقف الذى بين ملكيهما تابع للدور السفلى لأنه من متممات البناء. فهو ملك لصاحب السفل ، غير أن لصاحب الطبقة العليا الانتفاع بهذا السقف ، إذ لا بدله من ذلك لأنه أرض للدور الذى يملكه ، وحكم هذا القسم أن يكون التصرف فيه مشروطا بما لا يفوت هذا الحق ، أو ينقصه . ولا يجوز أن يضر كل من صاحب العلو والسفل بجاره ، فهما فى الحقيقة جاران . لكل منهما على الآخر حق شرعى بسبب هذا الوضع الخاص .

(الثالث) أن يكون العقار خالصا لصاحبه ، فله أن يتصرف فى ملكه تصرفا مطلقا على شرط ألا يضر بجيرانه ضررا عظيما .

وهذا هو الرأى الذى ينبغى اختياره للعمل. وجملة القول فى ذلك أن صاحب الملك الخاص هل يقيد فى تصرفه فى ملكه بألا يضر جيرانه والناس ، أو يكون مطلق التصرف غير مقيد ؟

أما فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وأصحابه ، فانه يكون مطلق التصرف فى ملكه كما يشاء ، سواء أضر تصرفه بجاره أم لا . وهو القول الراجح فى المذهب لأنه قول الامام وصاحبيه ، وهو منقول عنهم نقلا صريحا لاشبهة فيه . لكن فى بعض كتب المذهب المعتبرة ، كالعمادية والبزازية ، أن المالك يقيد فى تصرفاته فى ملكه الخاص ، ويمنع مما يضر جيرانه ضررا بينا . وهذا القول هو الذى عليه المعول ، ولا ينبغى المصير إلى غيره . فالقول الأول ناظر إلى ما يقتضيه حق الملك نظرا مطلقا ، والقول الثانى ناظر إلى حق الملك مقيدا بقوله ﷺ «لاضرر ولاضرار» ولذلك كان القول الثانى هو الموافق لمصالح الناس ، والآخذ بمجموع الأدلة الشرعية لا ببعضها دون بعض ، كالقول الأول . وحددوا الضرر البين بأنه ما يكون سببا لهدم البناء ، أو

وهنه ، أو يمنع الحوائج الأصلية المقصودة من البناء وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الأصلية فهو ليس بضرر بين فلا يمنع المالك من التصرف الذى يؤدى اليه . فمن الضرر البين أن يحفر بجانب جدار جاره فيسقط الجدار ، أو يحفر بالوعة أو نحوها فينز منها الماء فيهن جدار جاره ، أو ينصب رحى (طاحونة) توهن بدورانها صباحا ومساء حوائط دار الجار وتقلق راحة الجيران أو يقيم حائطا فى داره فيسد به الضوء بالكلية عن جاره ، حتى يمنعه من الكتابة والقراءة ، أما لو منع عنه بعض الضوء فليس هذا من الضرر البين . ومنه انشاء كوى تطل على مقر النساء ، فلو كانت مرتفعة عن قامة الشخص ، أو موضوعا عليها ستائر ، أو كانت هى التى انشئت أولا ، ثم جعل المحل المقابل لها من بيت الجار مقراً للنساء ، لا يلزم صاحبها بسدها فى هذه الأحوال . وأما فتح الكوى للنظر والهواء ، والضوء ، فهو جائز لكل واحد فى ملكه ، مالم تكن مطلة على مقر النساء كما تقدم . وليس لصاحب الساحة التى تطل الكوى عليها أن يلزم صاحبها بسدها ، لكن له هو أن يرفع حائطاً بجانبها ، حتى يسدها ، ولا يمنع من ذلك إلا إذا سد الضوء عن جاره بالكلية .

واذا تعلق حق الغير بالملك ، فاما أن يكون هذا التعلق مؤقتا ، أو دائما ، فالمؤقت كحق المستأجر ، والمرتهن فى العين المستأجرة فى الانتفاع بها ، والمرهونة فى حبسها تحت يد المرتهن (الدائن) . وهذا النوع يكون الكلام فيه فى مواضعه . والدائم هو حق كل من صاحب العلو والسفل على الآخر . وجملة القول فيه : هو أن كلا من صاحب العلو ، وصاحب السفل يعتبر جاراً للآخر ، حتى إذا باع أحدهما ملكه كان للآخر الحق فى أن يأخذه بالشفعة ، كذلك يعتبر لكل منهما حق فى ملك الآخر : فلصاحب العلو حق

قراره ، ولصاحب السفل حق دفع المطر وحرارة الشمس عنه ، فلا بد إذاً من رعاية الأمرين جميعا ، ولذا وجب على كل منهما ألا يتصرف فى ملكه بما يضر الآخر . وينقسم التصرف بمقتضى هذا الى ثلاثة أقسام (الأول) : مايتحقق فيه الضرر يقينا كهدم ذى السفل بناءه كله أو بعضه (الثانى) مايتحقق فيه عدم الضرر يقيناً كدق مسمار صغير فى حائط البناء الأسفل (الثالث) مايشكل فيه الأمر كفتح باب أوشباك فى البناء الاسفل ، أو إدخال جزوع فى سقفه ، أو رفعها منه . وقد اتفق أبو حنيفة وصاحباه على أن مايتحقق فيه الضرر يمنع منه ، ومايتحقق فيه عدم الضرر لا يمنع منه . وأما المشكل فمذهب الصاحبين أنه لا يمنع ، ومذهب الامام أنه يمنع ، ومنشأ هذا الخلاف أن الأصل عند الصاحبين فى تصرف المالك فى ملكه الاباحه ، لأنه انما يتصرف فى ملكه ، ويستعمل حقه فلا يمنع من ذلك إلا لسبب عارض وهو الاضرار بغيره بسبب هذا التصرف ، فما أشكل يبقى على أصل الاباحة ، لأنه ليس فيه ضرر محقق . والأصل عند الامام الحظر (أى المنع) لأنه تصرف فى محل تعلق به حق الغير ، وإطلاق التصرف لسبب عارض وهو عدم الضرر بيقين ، فما أشكل يبقى على أصل الحظر . والراجح قول الامام ، غير أنه إذا أذن أحدهما للآخر بأى تصرف جاز له ذلك بسبب الاذن

هدم السفل وانهدامه

إذا هدم صاحب السفل بناءه فانه يجبر على إعادته لأنه تعدى على حق صاحب العلو ، وهو قرار العلو على السفل . وإذا انهدم السفل وحده لا يجبر صاحبه على بنائه لعدم تعديه ، بل يطلب منه أن يبنيه : فان امتنع ، كان لصاحب العلو أن يبنيه بأذن صاحبه ، أو باذن القاضى ، فاذا بناه باذن أحدهما كان له أن يرجع على صاحب السفل بجميع ماأنفقه على العمارة ، وذلك لأنه

بهذا الاذن صار وكيلا عن صاحب السفل ، فاما كونه وكيلا عنه باذنه فالأمر فيه ظاهر وأما كونه وكيلا عنه باذن القاضى فهو لأن القاضى يقوم مقام المتعنت الممتنع من عمل مايجب عليه شرعا ، ويكون كأن ذلك الممتنع بدون حق قد صدر عنه ماصدر عن القاضى نيابة عنه لرفع تعنته . ومن أمثلة هذا ما اذا امتنع المدين من بيع ماله المنقول ، أو العقار لوفاء ما عليه من الدين ، فان القاضى يبيع عليه . ويكون المدين كأنه هو الذى باع ماله . وكما اذا امتنع الزوج من طلاق زوجته بسبب إعساره عن الانفاق عليها ـ ونحو ذلك ـ فان القاضى يطلق عليه ، ويكون كأنه هو الذى طلق ، وهكذا

وبالجملة فمن ضمن أعمال القاضى رفع الظلم عن المظلومين ؛ وتمكين أصحاب الحقوق الشرعية من أن يصلوا الى حقوقهم فقيام من عليه بأدائه ، والوفاء به هو الطريق الأول ، ونيابة القاضى عنه فى ذلك هو الطريق الثانى

وان قام صاحب العلو ببناء السفل الذى انهدم بدون إذن صاحب السفل وكذا بدون اذن من القاضى ، وقد كان فى إمكانه أن يستأذن أحدهما ، ولم يكن قد أشهد وقت الشروع فى البناء أن التعجيل بالبناء أمر ضرورى ، وأنه لم يجد من الوقت مايتمكن فيه من استئذان صاحب السفل ، ولا من رفع الأمر الى القاضى ، فلا يجب على صاحب السفل فى هذه الحالة إلا قيمة البناء فقط ، وتقدر القيمة بمعرفة أهل الخبرة زمن البناء ، لازمن المطالبة بها ، وهذا على القول الصحيح وذلك لأن القيمة استحقت فى زمن البناء ، وقيل تعتبر القيمة وقت الرجوع ، أى وقت المطالبة بها . ولصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من سكناه والانتفاع به ، حتى يوفيه حقه ، وأن يؤجره باذن القاضى ويستخلص حقه من أجرته

والفرق بين اجبار صاحب السفل وعدم اجباره فى حالتى هدمه السفل وانهدام السفل وحده يظهر فى مسألتين (الأولى) أن القاضى يلزم صاحب

السفل إذا هدمه ببنائه ثانيا ، لأنه فوت حق صاحب العلو بفعله . ولا يجبره على البناء إذا انهدم السفل وحده، لعدم تعديه (الثانية) إذا تعجل صاحب العلو فبنى السفل بدون اذن صاحبه ، وبدون اذن القاضى ، فانه فى الحالة الاولى ـ أى حالة هدم السفل بفعل صاحبه، يكون متبرعا بالبناء فلا يرجع على صاحب السفل بشيء ، لانه كان يمكنه أن يستأذن ، أو يرفع الأمر الى القاضى فيأمر القاضى صاحب السفل أن يبنيه ، فيكون تركه للطريق الذى يتوصل منه الى حقه تركا لحقه ظاهرا . أما فى الحالة الثانية ـ وهى حالة انهدام السفل ـ فانه لايكون متبرعا ، لانه مضطر فى البناء ، إذ ليس للقاضى أن يجبر صاحب السفل على بنائه فى هذه الحالة ، وكذا ليس له إلزامه بأن يأذن صاحب العلو بالبناء ، وذلك لعدم تعدى صاحب السفل ، وهذا الحكم يرجع الى أصل كلى سنذكره ان شاء الله تعالى فى عمارة الملك المشترك . فى كتاب الشركة

الارتفاق بالحائط يكون بين الجارين الشريكين

إذا كان بين الجارين حائط مملوك لاحدهما ، فليس للآخر أن يضع عليه أخشابا بدون اذن مالكه ، وليس له أن يجبره على أن يعطيه جزءا من الحائط أو من الأرض القائم عليها بناء ذلك الحائط ، كما أنه ليس لأحد الجارين أن يجبر الآخر على اقامة حائط ، أو أى ساتر على حدود ملكه ، بل الجار إذا أراد اقامة حائل أقامه فى ملك نفسه . وإذا كان الحائط مشتركا بين اثنين فلا يجوز لاحدهما أن يتصرف فيه بتعلية فى البناء بلا اذن الآخر ، لان الحائط مشترك بينهما على الشيوع ، فلا يمكنه إذاً أن يتصرف فى حق نفسه فقط ، بل لا بد من أن يتناول تصرفه حصة الآخر فى ذلك الحائط ـ لان كل جزء من الحائط مهما صغر مقداره هو ملك بينهما على الشيوع ـ فيتوقف الأمر على إذن الشريك الآخر

ولكل من الشريكين فى الحائط أن يضع عليه أخشابا بقدر ما لشريكه ، لان الشركة تقتضى المساواة ، ولكن يشترط أن يتحمل الحائط مايضعانه من الاخشاب ، اتقاء للضرر . وليس لاحدهما أن يزيد فى أخشابه بدون اذن الآخر ، ولو كان الحائط يطيق الزيادة ، وذلك للسبب المتقدم ، كما أنه لايجوز لكل منهما أن يغير محل أخشابه التى على الحائط يمينا أو شمالا ، ولا من أسفل الى أعلى ، ولكن يجوز أن يحولها من أعلى الى أسفل ، وذلك لان فى تحويل الاخشاب يميناً أو شمالا ضررا بدون فائدة ، وفى تحويلها من أسفل إلى أعلى ضرران بدون فائدة أيضا ، بيان هذا أن نقل الاخشاب من جهة إلى أخرى يستلزم فتح كوى جديدة فى الحائط لوضع رءوس الاخشاب فيها ، وهذا هو الضرر الاول ، ثم إن أسفل الحائط يتحمل أكثر مما يتحمل أعلاه ، فاذا نقلت الاخشاب من أسفل الى أعلى نشأ ضرران : الاول فتح الكوى ، والثانى تحميل الحائط أكثر مما كان يحمله من قبل . أما إذا نقلت الاخشاب من أعلى الحائط إلى موضع أسفل منه فانه ينشأ من ذلك ضرر ، وهو فتح الكوى ، ونفع وهو تحميل الحائط أقل مما كان يحمله ، وهذا النفع أرجح من الضرر ولذا كان هذا الفعل جائزاً

واذا كان لكل واحد من الشريكين على الحائط أخشاب ، فلصاحب الاسفل أن يرفع أخشابه بحذاء أخشاب صاحب الاعلى ، ان لم يضر ذلك بالحائط ، وذلك تحقيقا للمساواة والعدل بينهما . كذلك لصاحب الأعلى أن يسفل أخشابه حتى يساوى بها أخشاب شريكه ، للمعنى المتقدم . وذلك كله مشروط بعدم الضرر الراجح

اسباب الملك

يستفيد الانسان الملك ، وتثبت له حقوقه بأحد الاسباب الآتية :

١ — وضع اليد على الشيء المباح الذى لامالك له
٢ — العقود الناقلة للملك من مالك الى آخر كالبيع والهبة والوصية
٣ — الميراث - بأن يخلف شخص آخر فيما كان يملكه بسبب القرابة أو الزوجية أو الولاء ، على حسب مارسمه الشرع
٤ — الشفعة - وهى حلول الشريك أو الجار محل المشترى فى ملكية العقار المبيع اذا طلب أحدهما ذلك

وقد زيد فى القوانين الوضعية التملك بمضى المدة بشروط بينتها تلك القوانين. ولما كان مضى المدة ليس سببا شرعيا للتملك ، مهما طال الزمن، وانما هو سبب لمنع سماع الدعوى من الخارج على ذى اليد بشروط اشترطها الفقهاء لذلك ، بطريق الاجتهاد ، إقفالا لباب التزوير والتحايل على أخذ أموال الناس بدون حق ، اعتماداً على ظواهر الاحوال - ناسب ذكر ذلك فى كتاب الدعوى وهى من ضمن ماتناولته كتب المرافعات الشرعية ونوجز الكلام فيه هنا إتماما للفائدة

وضع اليد على الشيء المباح الذى لا مالك له

ويندرج تحته احياء الارض الموات ، والاستيلاء على مافى المعادن، والكنوز والصيد، وحيازة كل مال لامالك له شرعا وقت حيازته ، كالكلأ ، والاشجار فى الغابات ، وما تحتويه البحار ، والانهار غير المملوكة من كل ذى قيمة ليس له مالك معين ، ولم تحزه يد إنسان من قبل

احياء الارض الموات

المراد بالموات مالا ينتفع به من الاراضى لفقدان الماء فيه ، سواء أ كان له ماء من قبل ، ثم انقطع عنه ، أم لم يكن له ماء ، اصلا . وكذا ماغلب عليه الماء ، أو كان أرضاً سبخة ، ولم يكن لاحد على تلك الارض ملك ولا حق،

ولابد ان تكون تلك الارض بعيدة عن العمران ، فلا يجوز احياء ماقرب من العامر

وضابط ذلك انه إذاوقف انسان جهوري الصوت على مكان مرتفع عال فصاح بأعلى صوته ، ففي أي موضع سمع صوته فهو قريب ، وإلا فهو بعيد . والبعد شرط عند ابى يوسف ، وقوله هو المختار ، وبه أخذت المجلة العدلية ، انظر المادة ١٢٧٠ وذلك لان الظاهر أن ارتفاق أهل القرية لا ينقطع عن المكان القريب ، فيدار الحكم عليه . وأما محمد فقد اعتبر امتناع الارتفاق حقيقة ، ولو كان المكان قريبا فأجاز احياء كل أرض موات ليس لها مالك معروف ، سواء ا كانت قريبة من القرى ، أم بعيدة منها

وإحياء الموات يكون بما يجعله نافعاً ، او يهيؤه للانتفاع ، كبذر الارض، او حرثها ، او سقيها ، او شق جدول فيها لاجل السقي ، وكذا إذا بنى جداراً (سوراً) على أطرافها ، أو مسناة [1] بقدر ما يحفظها من السيل ، أو يجفف ماءها ونحو ذلك

واما وضع الاحجار او الشوك ، او اغصان الشجر اليابسة محيطة بالارض ، ونحو ذلك، فهذا ليس باحياء ، وإنما هو تحجير : وسمي تحجيراً إما لوضع الاحجار حوله ليعلم الناس أن المحجر أخذ الأرض ، واما لحجر غيره عن احيائها ، ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين سقط حقه فيها ، وكان للامام (ولى الأمر) أن يدفعها الى غيره ، وذلك لأن الامام إنما دفعها اليه ليعمرها ويحصل بعمارتها النفع العام ، فاذا لم يحصل القصد فلا فائدة في تركها في يده، وإنما قدر بثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه « ليس لمتحجر بعد ثلاث

---

(١) هي ما يبنى في وجه السيل ليمنعه، وجمعها القياسي مسنيات، والسماعي مسنوات . وقد تكون المسناة من التراب

سنين حق» وهذا من وجهة الديانة ، فاذا أحياها غيره قبل مضى ثلاث سنين كان أولى بها منه لتحقق سبب الملك منه وهو الاحياء ، لكن هذا لا يليق مروءة وديانة ، ونظير ذلك من يستام على سوم غيره فان عقد بيعه يصح قضاء مع قبحه ديانة ومروءة

ويشترط للملك المحي ما يحييه من الأرض أن يأذن الأمام (أى ولى الأمر) باحيائه وذلك منعا للفوضى والمنازعات : فان أحياه بغير إذن الامام لا يملكه

وهذا هو قول الامام أبى حنيفة ، وعليه المعول . وقال الصاحبان يملكه اذا أحياه ، ولو لم يأذن له الامام بذلك . والدليل على ذلك قوله ﷺ « من أحيا أرضا ميتة فهى له » رواه أحمد والترمذى وقوله « من عمر أرضا ليست لاحد فهو أحق بها » رواه أحمد والبخارى ، ولانه مال مباح سبقت يده اليه فكان أحق به ، كالحطب والصيد وسائر المباحات .

وأجاب أبو حنيفة عن هذا بأن ما جاء فى الحديث يحتمل أن يكون المراد به بيان أن للامام الولاية فى أن يأذن للناس باحياء الموات ، فينبغى الأخذ بهذا التاويل محافظة على النظام ، ومنعا للمنازعات . وقد يكون اذن الامام بالاحياء قاصرا على الانتفاع بالارض دون تملك رقبتها ، وفى تلك الحال لا يملك المأذون له رقبة الارض ، وإنما يكون له الانتفاع بها على حسب الاذن

وليست تلك الاراضى مباحة لانها ملك للامة كلها (١)

---

(١) وبيان ذلك أن البلاد التى تفتحها الجيوش الاسلامية عنوة ، أى بالقوة يجوز للامام أى ولى الأمر أن يَمُن بأراضيها على ملاكها الأصليين فيقر كها لهم ، ويأخذ منهم فى مقابلة ذلك الخراج . وهو فى العادة خمس

وإذاأحيا انسان أرضا مواتافجاء آخرون ، وأحيوا الارض التي فى حدودها الأربعة (مثلا) فان كان الاحياء على التعاقب تعين طريق الاول فى فى الارض الرابعة (أى الاخيرة) وإن أحيوها معا فى وقت واحد كان للاول أن يتخذ طريقه فى أية أرض منها . والفرق أنه إذا كان الاحياء على التعاقب يكون المحيى أخيرا هو الذى أبطل حق الاول فى المرور ؛ لان الاول حين سكت عن الاولين صار الباقى طريقا له ، فاذا جاء الاخير فأحيا ما بقى يعتبر متعديا على طريق الاول . أما لو أحيوها معا كانوا سواء فى ابطال حق الأول فى الطريق ، ولذا كان له أن يختار طريقه من أى ناحية شاء

واذا عدل الماء فى بحر أو نهر عن أرض كان يجرى فيها ، ولم يحتمل عوده

المتحصل من الزرع ، ويسمى خراج مقاسمة ، وقد يأخذ بدل ذلك نقودا فى كل سنة ، ويسمى خراج وظيفة ، ويسمى الآن عندنا ضريبة الأطيان . ويجوز للامام أيضا أن يستبقى تلك الأراضى للقائمين ، وينتزعها من يده لا كها بحكم القهر والغلبة ، والامام هو الذى يتولى توزيعها على الغانمين . وعلى ذلك لا تكون الاراضى الداخلة فى دائرة الدول الاسلامية مالا مباحا كما يقول الصاحبان ، بل هى معدودة من أموال الدولة ، بناء على الاصل المتقدم ، وما كان من مال الدولة ، وكان أصله مما ملك بسبب الفتح فهو غنيمة وفىء وليس لأحد أن يختص بشىء من ذلك إلا باذن الامام ، ومن هذا يتبين أن رأى أبى حنيفة هو الراجح

ومن ملكه الامام أرضا فانه يملكها بما فيها من كنوز الأمة المغلوبة لأن الاستيلاء بسبب الفتح يشمل ظاهر الارض وما أودع فى باطنها ، كذلك المعادن التى تكون فى جوف الارض تدخل ضمنا فى الملك ؛ لان المعادن جزء من الارض ، فلينتبه لكل هذه الاحكام

إليها فهى موات يجوز إحياؤها لأنها لم تكن فى يد أحد ، لأن قهر الماء يدفع قهر غيره ، وهى الآن فى يد الامام ، وان احتمل عود الماء اليها لا يجوز إحياؤها لحاجة العامة الى كونها نهراً أو بحراً

حريم الآبار والأنهار والأشجار

المراد بحريم البئر حقوقها ومرافقها من جميع جهاتها ، وكذا غيرها من العيون والأنهار والقنوات والأشجار . وجملة القول فى ذلك ان هذه الأشياء ، إما أن تكون فى أرض موات ، أو فى أرض مملوكة لأربابها ، أو فى أرض مملوكة لغير أصحابها

فان كانت فى أرض موات فحريم كل منها كما يأتى :

(حريم البئر) أى حقوقها ومرافقها من كل جانب أربعون ذراعاً ، وذلك لأن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر إلا بما حولها ، لأنه يحتاج إلى الوقوف على حرف البئر ليستقى الماء ، وإلى أن يبنى على حافة البئر ما يركب عليه البكرة ، وإلى أن يبنى حوضا يجتمع فيه الماء ، وإلى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب فلذلك قدر الشرع حريم البئر باربعين ذراعا من كل جانب ، ومقدار تلك الذراع ست قبضات بدون ارتفاع الابهام ، لأن فى ذلك القدر كفاية لحاجات صاحب البئر فاذا حفر انسان آخر فى حريم تلك البئر فانه يمنع من ذلك لأن الحريم صار ملكا لصاحب البئر ، ضرورة تمكنه من الانتفاع بها . فكان الحافر متعديا بالحفر فى ملك غيره ، فاذا حفر رجل فى حريمه بئراً أخرى كان للأول أن يكبسها (يردمها) لأن الثانى متعد عليه ، وللأول أن يكلف الثانى كبس البئر التى أحدثها ، ويصلح ما أتلفه من الأرض ، وله أيضا أن يرجع عليه بالضمان

(حريم العين) خمسمائة ذراع من كل جانب ، وهذا هو تقدير الشارع

أيضا ، ووجهه ان العين تستخرج لأجل الزراعة ، فلابد من موضع يجتمع فيه الماء ، وموضع يجرى إليه ، وموضع يجرى منه الى المزرعة ، وقد يحتاج إلى موضع ينزل فيه المسافرون ودوابهم لأجل الاستقاء من تلك العين

والفرق بين البئر والعين ان البئر هى ما يستقى منها باليد بواسطة الدلاء (جمع دلو) أو بالدولاب بواسطة الحيوان كالابل والبقر ، وأما العين فان ماءها يجرى على وجه الأرض

(حريم النهر الكبير) هو الذى لا يحتاج إلى الكرى (التطهير) فى كل وقت . وحريمه من كل أطرافه مقدار نصفه ، فيكون مقدار حريمه من جانبيه مساويا عرضه

(حريم النهر الصغير) وهو الذى يحتاج إلى الكرى كالجداول والقنوات (جمع قناة) يقدر بمقدار ما يلزمها مما يحيط بها من الأرض لأجل طرح الأحجار والطين وسائر عمليات التطهير

هذا إذا كانت هذه الأشياء فى أرض موات ، أما ان كان شىء منها في ملك صاحبه ، فله من الحريم ما شاء لأن الأرض ملكه ، وإن كانت فى ملك غير أصحابها كأن تكون بئر لرجل فى ملك غيره فلا حريم لتلك البئر ، واذاً لا يكون له حق إلقاء الطين المستخرج منها فى ملك الغير . لكن المجارى الصغيرة التى تكون لأشخاص فى أملاك غيرهم وهى محتاجة إلى الكرى فى كل وقت فلها حريم بقدر الحاجة . وعلى هذا إذا كان لشخص مجرى فى أرض غيره فطرفا المجرى بقدر ما يمسك الماء هو لصاحب المجرى ، وان كان الطرفان مرتفعين فما ارتفع منهما يكون أيضا لصاحب المجرى ، وان لم يكونا مرتفعين ولم يوجد دليل على أن صاحب المجرى أو صاحب الأرض ذو يد ، فطرفا المجري في هذه الحالة يكونان لصاحب الأرض ، لكن لصاحب

المجرى الحق فى أن يطرح الطين على طرفى المجرى وقت كريه (تطهيره)

(تنبيه) الساقية هى النهر الصغير ، وللساقية معنى آخر فى مصر غير هذا المعنى فهى نوع من الآبار إذا كانت محفورة وسط الأرض ، وليست على ضفة النهر ، وحريم الشجرة خمسة أذرع من كل جانب ، وفى هذا القدر كفاية هنا

الاستيلاء على المعادن والكنوز

معنى المعدن فى الأصل المكان من حيث الاستقرار فيه ، يقال عَدَنَ بالمكان عَدْنا وعدونا أى أقام ، ومنه سميت جنات عدن أى جنات الاقامة من أجل الخلود فيها ، ثم اشتهر استعمال هذا اللفظ فى نفس الأجزاء المستقرة فى الأرض بخلق الله تعالى ، كالذهب والفضة والنحاس والماس والياقوت والكحل وفحم الحجر والنفط والزئبق وسائر الفلزّات[1]

والكنز معناه فى الأصل الجمع ، تقول : يكنز فلان المال ، أى يجمعه ، ثم اطلق على نفس المال المجموع ، فسمى كنزاً ، فاذا وجد الكنز فى باطن الأرض لا يكون ذلك إلا بصنع صانع ، وبهذا يفرق بين المعدن والكنز ، فالاول جزء من اجزاء الارض والثانى ليس من أجزائها بل هو جزء منفصل عنها مودع فيها ، ويطلق على كل من المعدن والكنز « الركاز » فكل واحد منهما ركاز — أى مركوز فى الارض — المعدن مركوز بصنع الخالق ، والكنز مركوز بصنع المخلوق

وينقسم المعدن إلى ثلاثة اقسام : (الاول) المعدن الصلب (أى الجامد غير السائل) القابل لان ينطبع بالنار ، أى يتمدد فتصنع منه الاسلاك ونحوها ، ويطرق ويبسط حتى تصنع منه الصفائح ، وهو المعبر عنه فى لسان

---

(١) الفلزات هي اسم جامع لجواهر الأرض كلها

علم الكيميا بما يقبل الطرق والانسحاب ، وذلك كالذهب والفضة والنحاس والحديد (الثانى) المعدن الصلب الذى لا يقبل الانطباع بالنار وذلك كالياقوت والماس والفيروز والزمرد (الثالث) المعدن السائل كالزئبق والنفط وسائر الزيوت المعدنية

وينقسم الكنز إلى قسمين (جاهلى) وهو ما أودع فى الارض قبل الفتح الاسلامى ، ومنه كنوز قدماء المصريين (وإسلامى) وهو ما اودع بعد الفتح الاسلامى ، ويعرف كل منهما بالعلامات المميزة له

والحكم الشرعى فى المعادن والكنوز التى يعثر عليها يختلف باختلاف الاحوال والاوضاع على ما سترى

إذا وجد فى أرض معدن صلب ينطبع ويذوب بالنار ، كالذهب والفضة والنحاس والحديد فهو إما أن يوجد فى أرض مملوكة أو فى أرض غير مملوكة . والمملوكة تشمل الارض التى يؤخذ عليها العشر[1] والاراضى التى يؤخذ عليها الخراج ، وأراضى الدور ، وسائر المبانى ، سواء اوجد فى الارض بناء بالفعل ام لم يوجد . وفى كل هذه الصور تكون اربعة اخماس المعدن لصاحب الارض، وإن كانت الارض غير مملوكة اى مباحة كانت أربعة أخماس المعدن للواجد . بقيت الارض الموقوفة وهى التى ليست بمملوكة ولا مباحة، والراجح ان أربعة أخماس المعدن الذى يوجد فيها تصرف فى مصالح الوقف ، ولا يعطى المستحقون منها شيئاً لانها ليست من ثمار الوقف ولا من غلاته ، بل هى جزء من اجزاء العين الموقوفة فتكون كنقض الوقف ، افاده العلامة ابن عابدين، وهذا

---

(١) العشر هو وظيفة مالية مقدارها عشر الخارج من الأرض عيناً ، وقد تقدم قريباً معنى الخراج ، ولمعرفة ما يؤخذ منه العشر ، وما يؤخذ عليه الخراج ، ومصرف كل منهما ، يرجع الى باب العشر والخراج ، وباب المصارف

أحسن من القول الآخر وهو ان أربعة الاخماس للواجد ، قياسا على المعدن الذي يوجد في الارض المباحة ، بجامع ان كلا من الارضين لا مالك له . وانما كان القول الاول راجحا لظهور الفرق بين الارض المباحة ، والارض الموقوفة (انظر رد المحتار) . وأما الخمس فيكون لبيت المال (المالية) . وهذا على إطلاقه قول الصاحبين ، وأما أبو حنيفة ففرق بين الأرض التى قررت عليها وظيفة العشر أو الخراج ، والأرض التى ليس عليها تلك الوظيفة . ففي الاولى قوله كقول الصاحبين ، ويقول في الثانية ان بيت المال لا شيء له أصلا بل يكون كل المعدن لمالك الارض . ووجه قول الصاحبين حديث « في الركاز الخمس » فهو بعمومه يشمل كل ركاز لا فرق في ذلك بين الذى يوجد في أرض عليها وظيفة ، والذى يوجد في أرض لا وظيفة عليها ، ووجه قول الامام أن الدار ملكت خالية من المؤن ـ أى لم تقرر عليها ضريبة شرعا والمعدن جزء منها فلا يخالف حكمه حكم الكل ، وهذا بخلاف الكنز لانه ليس جزءاً من الارض فلا يكون تابعاً لها ، وكالدار في ذلك الارض ليس عليها عشر أو خراج . وعلى هذا فالحديث خاص بالاراضى المقرر عليها وظيفة (أى ضريبة)

أما اذا كان المعدن سائلا كالنفط ، والقير[1] وغيرهما من الزيوت المعدنية فلا شيء فيه لبيت المال ، بالاتفاق . وعللوا هذا بأن المعدن السائل شبيه

---

(١) النفط بكسر النون ، وقد تفتح هو دهن معدنى سريع الاحتراق ، توقد به النار ، ويتداوى به ، واعله زيت البترول . والقير ويقال له القار أيضا سائل أسود تطلى به السفن والابل ؛ وقيل هو الزفت . وأما القطران فهو سائل دهنى يؤخذ من بعض الشجر والمشهور فيه فتح القاف مع سكون الطاء ، وقد تكسر القاف ، وقد تكسر الطاء مع فتح القاف

بالماء ، فكما أنه لا يجب شيء فى الماء المستخرج من الارض ، كذلك لا يجب شيء فيما يشبهه فى السيولة والميوعة . وعلى هذا يكون ما يوجد من المعادن السائلة ملكا لصاحب الارض إن كانت الارض مملوكة لمعين ، أو ملكا لبيت المال إن كانت الارض من أراضى بيت المال (أى من أموال الدولة او مما أعد للمنافع العامة مما هو داخل فى حدود المملكة) أو تابعة لعين الوقف ان وجد فى الارض الموقوفة أو ملكا للواجد ان وجدت فى أرض مباحة لا ملك لأحد فيها أصلا لا خاصا ولا عاما . وقد وقع اختلاف فى الزئبق بين أصحابنا فارجع اليه فى الهداية وغيرها وكذا المعدن الجامد الذى لا ينطبع ولا يذوب بالنار كالكحل والياقوت لا شيء فيه لبيت المال أصلا واستدلوا على ذلك بحديث غريب «لا زكاة فى الحجر» وعللوه بأن هذا النوع من المعادن من جنس الأرض كالتراب واذا لم يكن فيه شيء لبيت المال بالاتفاق فمالك ما يوجد منه كله اما مالك الأرض أو بيت المال (بذلك الاعتبار السابق) أو الواجد ويكون تابعا للعين الموقوفة على ما ذكرنا آنفا

(تنبيه) انما لا يؤخذ الخمس من المعدن الجامد الذى لا ينطبع إذا أخذ من موضعه ابتداء أما اذا وجد شيء من ذلك فى كنز فانه يؤخذ منه الخمس لأنه لا يشترط فى الكنز إلا أن يكون الموجود فيه مالا فقط

(تنبيه آخر) حكى فى التبيين عن الامام الشافعى أنه لا يجب الخمس فى شيء من المعادن كلها على أى شكل كانت وعلل ذلك بأن ما يوجد منها هو مال مباح سبقت اليه يد الواجد ، غير أنه يجب فى كل من الذهب والفضة متى بلغ احدهما نصابا زكاة ما يوجد وهو ربع العشر ، والجواب عن ذلك يؤخذ مما قدمناه وليرجع الى التبيين

وقد اختلف علماؤنا فى أخذ الخمس مما يخرج من البحر من كل ما له قيمة

كاللؤلؤ والعنبر وكذا الذهب والفضة اذا خرجامن البحر ، فقال ابو يوسف يجب فى جميع ذلك الخمس ،لان البحر مما تحويه أيدى الملوك وقد أخذ عمر بن الخطاب الخمس من العنبر وقال الامام أحمد ان قاع البحر لا قهر لاحد عليه فانعدمت اليد وهى شرط لوجوب الخمس واما ماصنعه عمر فقد كان فيما دسره البحر « أى قذف به ورماه »فى دار الحرب ، وبه نقول ، لانه غنيمة فى ايديهم يكون فى الساحل عندهم ، وكلامنا فيما اخذ من البحر ابتداء او دسره البحر فى دار الاسلام ، وعلى هذا لايكون لبيت المال فيه شىء ، بل كله لواجده ، لانه مال مباح سبقت يده اليه

هـذا مايتعلق بالمعدن .وأما ما يتعلق بالكنز فهاك جملة القول فيه :

الكنز إما أن يكون من كنوز الجاهلية ، أو من كنوز الاسلام ، فان كان الأول ففيه الخمس لبيت المال على كل حال ، عملا بحديث فى الركاز الخمس » وأربعة الأخماس للواجد على كل حال ، لأن الكنز ليس جزءا من أجزاء الأرض فهو ليس كالمعدن كما قدمنا ؛ وهـذا قول أبى يوسف والأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ، وأما على قول الامام ومحمد ففيه تفصيل . وهو إذا وجد الكنز فى بقعة مملوكة من دار أو أرض فأربعة الأخماس للمختط له (١) وإن وجد فى أرض غير مملوكة لأحد أصلا — لا لبعض أفراد الناس ولا لبيت المال — فهو للواجد ، لانه لامستحق له غيره . وإذا لم يوجد المختط له أعطى الكنز لورثته أوورثة ورثته الخ . فان لم يعرف له ورثة فقيل ان أربعة أخماس الكنز توضع كلها فى بيت المال عملا بحكم التركات التى ليس لها مستحق معين معلوم ، وقيل إنها تصرف إلى أقصى مالك يعرف لتلك الارض

---

(١) المختط له هو أول من ملكه امام المسلمين تلك البقعة التى وجد فيها الكنز وذلك بما للامام من الحق فى ذلك . راجع ماقدمناه فى أوائل احياء الموات فى الهامش

فى الاسلام ، و يعتبر كانه هو أول مالك ، فان لم يكن موجوداً فاورثته الخ وأخيراً تعطى لبيت المال للسبب المتقدم . وإذا وجد الكنز فى أرض موقوفة فالحكم يعلم مما تقدم ، وجه قول أبى يوسف : ان الكنز مال مباح سبقت اليه يدالواجد ، وهذا لانه من دفين أهل الجاهلية ، وقد وقع أصله فى أيدى القائمين ، إلاأنهم ماتوا قبل تمام الاحراز منهم ، وبذا صار مستخرج الكنز أول محرزله ، فكان أحق به ، وهذا بخلاف المعدن لانه جزء من الارض والارض مملوكة بجميع اجزائها لصاحبها ، ووجه قول الامام ومحمد ان يد المختط له سبقت إلى الكنز يد غيره ، والكنزمال مباح فكان اولى به ، وهذا لان الامام (ولى الامر) لما ملكه الارض صارت فى يده بما فى باطنها ، وهى يد الخصوص ، فيملك بتلك اليد مافى باطن الارض التى اختصه الامام بها . ثم البيع لم يخرج الكنز من ملكه لأنه لايدخل فى البيع تبعا إذ هو كالمتاع الذى يكون فى الملك المبيعة لايدخل فى المبيع بل هو باق على ملك البائع ، وهذا بخلاف المعدن،لانه جزء من أجزاء الأرض، فيدخل فى البيع تبعا كسائر أجزائه الأخرى

ومن هذا يعلم حكم الكنوز التى يعثر عليها فى مصر فى مقابر قدماء المصريين فهى ملك الدولة ، لأنها فى أرض مملوكة الدولة

هذا هو حكم دفين الجاهلية ، وأما دفين الاسلام فحكمه كحكم اللقطة ، فيعرف عنه المدة الكافيـــة ، على حسب قيمته المالية ، فان لم يعرف له مالك يتصدق به

وإذا وجد دفين اشتبه الأمر فيه فلم يعلم أنه من دفين الجاهلية أو دفين الاسلام فالرأى الراجح أنه يعتبر من الجاهلية (وانظر الهداية والدر ورد المحتار)

والخلاصة أن مايوجد تحت الأرض نوعان : معدن ، وكنز . فاما الكنز فلا تفصيل فيه ، بل يجب فيه الخمس لبيت المال على كل حال والباقى للواجد على قول فى المذهب، ولا فرق فى ذلك بين ماإذا كان الموجود فى الكنز ذهباً أو فضة أو ياقوتاً أو ماسا أو نحو ذلك من كل ماله قيمة وذلك لأنه دفين أهل الجاهلية ، وقد حوته أيدينا قهراً فصار غنيمة لنا . وأما المعدن فما كان منه ينطبع ويذوب بالنار كالذهب ففيه الخمس لبيت المال ، وفى أربعة أخماسه تفصيل وخلاف . وما كان جامداً لا ينطبع كالياقوت أو سائلا فلا شىء فيه أصلا لبيت المال إلا الزئبق ففيه خلاف . وفى هذا القدر كفاية .

الصيد

الصيد مباح فى البر والبحر . فمن صاد حيوانا بريا أو بحرياً ملكه وكان أولى به من غيره .

غير أن صيد البر محرم على من كان محرما بالحج . ومع كون الصيد مباحا شرعا فى الاصل ، إذ جاء النص باباحته ؛ وحله مطلقا ، لكن قد تقضى المصلحة العامة أن تضع الحكومات قيودا له كمنع صيد الطيور النافعة للزراعة ، ومنع الصيد بالشباك الضيقة لترك صغار السمك حتى تنمو . ولاجل هذا وضعت لوائح للصيد لاجل تنظيمه بما يتفق مع المصلحة الراجحة.

وهاك جملة القول فى الصيد :

تقول صدت الحيوان أصيده ، وأصاده صيدا أى قنصته وأخذته بحيلة كما تصاد الطيور والسباع ، فأنا صائد ، والحيوان مصيد ، ويقال للحيوان أيضا صيد ويطلق الصيد على كل حيوان ممتنع عن الانسان بقدرته على الفرار برجليه ، أو جناحيه ، أو غوصه فى الماء ، فما دام فى هذه الحالة فهو صيد . فاذا أصبح بحال لا يستطيع معها الخلاص ، كغزال وقع فى بئر ، فانه لا يعتبر

صيدا في هذه الحالة . كذلك الحيوانات المستأنسة لا تسمى صيدا

وصيد الحيوان المتوحش جائز بكل ما يخرجه عن صيديته كالآلات الجارحة والشباك ، والكلب المعلم والطير الجارح كالصقر . وإذا وجد حيوان وفيه علامة تدل على أنه مملوك ، كغزال في رقبته طوق ، وحمام في رجله خلخال ، وصقر معلق فيه جرس ؛ ونحو ذلك فانه لا يجوز صيده ، إذ هو من قبيل اللقطة ، فيجب التعريف عنه ، كي يأخذه صاحبه

وشرط الصيد كما تقدم أن يكون ممتنعا عن الانسان بقدرته ؛ فاذا أخرجه الانسان عن حال صيديته ؛ ولكن لم يقبض عليه فعلا فانه يملكه بهذا ، فلا يكون لغيره أن يأخذه باعتباره صيدا (مثال ذلك) صائد ضرب غزالا ببندقيته فجرحه جرحا بالغا ، لكنه لم يمت فلا يجوز لغيره أن يمالكه لنفسه ، لان الاول ملكه بالصيد أما إذا كان الاول قد جرحه جرحا خفيفا يستطيع معه التخلص فلا يملكه بذلك لانه لم يخرجه عن صيديته ، فاذا جاء آخر وامسكه كان ملكا للثاني . وإذا اشترك صيادان أو أكثر في صيد بالآلات أو الشباك او الكلاب المعلمة ، أو الطيور الجارحة ونحو ذلك فان الصيد يكون شركة بينهم لتساويهم جميعا في اسباب الحيازة

وهنا توجد مسائل كثيرة تطبق على قاعدة « الامور بمقاصدها » أي حكم الامور بمقاصد فاعلها

(فمن ذلك) إذا نصب الصياد شبكة فتعلق بها صيد . فاذا كان قد نصبها للجفاف ، فالصيد يكون لمن سبقت يده اليه ، وإن كان قد نصبها للصيد فهو لصاحبها . وإن أخذه غيره كان غاصبا متعديا

(ومنه) لو افرخ طائر أو باض في أرض انسان . أو تكنس فيها ظبي (اي اتخذه كناسا أي بيتا له) كان لمن سبقت يده اليه ، إلا إذا كان صاحب

الارض قد هيأها لذلك ، فان الصيد يكون لصاحب الارض

(ومنه) ما إذا دخل صيد دار إنسان فاغلق باب الدار لاجل أخذ الصيد كان مالكا له، اما إذا اغلق باب داره من غير أن يقصد أخذ الصيد . فلا يكون مالكا لعدم القصد

(ومنه) ما إذا وقع صيد فى حفرة فى أرض مملوكة لانسان ، فان كان صاحب الارض حفر تلك الحفرة لاجل الصيد كان أولى به وإن لم يكن حفرها لاجل ذلك فاستولى على الصيد شخص آخر كان ملكا له لسبق يده اليه[1] ومن ذلك أنه لو اصطاد شخص طيراً من هواء دار غيره ، أو كان على حائط داره ، أو شجرته فان ذلك الطير يكون لمن صاده ، وذلك لأن كون الطائر على الحائط ، أو على الشجرة ليس باحراز ، ولا يد لرب الدار على هوائها ، ولكن لو قال رب الدار انه كان قد صاد هذا الطائر من قبل كان القول قوله إذا كان الصائد قد أخذ الطائر من على الحائط أو الشجرة ، لانه انما أخذه من محل هو فى يد رب الدار وقد ادعاه

---

(١) هذه قاعدة فقهية عظيمة جدا ومن ضمن فروعها فى غير الصيد أنه لو وجد إنسان شيئا ذا قيمة مالية فى الطريق فأخذه بنية رده إلى صاحبه اعتبر هذا الشيء أمانة فى يده ، فلا يضمنه لو هلك بدون تعد منه ولا تقصير فى حفظه ، كما هو حكم الامانات . أما لو أخذه بقصد أن يحوزه لنفسه كان غاصبا . فلو هلك فى يده ضمنه مطلقا ولو كان هلاكه بدون صنعه وتقصيره كما هو حكم المغصوبات فانظر كيف اختلف الحكم بسبب اختلاف النية ، ومن الأحاديث المتواترة القطعية قوله عليه الصلاة والسلام (انما الأعمال بالنيات)

ومن فروع هذه القاعدة أيضا ما لو نثرت دراهم ونحوها فى عرس فوقعت على ثوب بعض الحاضرين ، فان كان من وقعت فى ثوبه قد أعد ثوبه لذلك فما وقع فيه يكون له لا يشاركه فيه غيره ، وإن لم يعد ثوبه لذلك فلا يملكه بل يكون ملكا لمن سبقت يده اليه ، لانه مال مباح ، قد سبقت يده اليه ، راجع حكم الاباحة فيما سبق فى الكلام فى الملكية

رب الدار لنفسه ، وإن كان أخذه من الهواء فهو لذلك الذى اصطاده لانه لم يأخذه من محل مملوك لغيره كما قدمنا .

وإذا كان فى ساقية شخص أو جدوله ونحو ذلك سمك لا يمكن أن يمسك من غير صيد كان لغيره أن يصطاده ، أما ان كان يمسك باليد فهو لمالك الساقية والجدول لانه ليس صيداً فى هذه الحالة

وإذا هيأ رجل محلا فى حافة الماء لاجل صيد السمك ، فجاء سمك كثير ودخل فى ذلك المكان ، ثم أخذ الماء فى القلة والتناقص فان كان السمك يمسك من غير صيد فهو لذلك الرجل ، وإن كان لا يمكن أخذ السمك إلا بالصيد لكثرة الماء فى ذلك المحل فانه يجوز لغير هذا الرجل ان يتملكه بالصيد

وإذا اجتمعت النحل فى كوارة[1] شخص كانت ملكا له ، لانها معدودة من جملة المال ، وهى فى هذه الحالة محرزة ، وكذا عسلها ملك لذلك الشخص ، فاذا طرد أحد ذلك النحل من كوارة ذلك الشخص إلى دار غيره ، فلصاحب الكوارة أن يستردها لانها صارت ملكه بالاحراز إذ صارت فى حوزته

وبالجملة فالصيد الذى يملك بتلك الوسائل ويصير ملكا لمن قهره واستولى عليه هو الممتنع بقدرته سواء أكان فى غير ملك أحد أم كان فى ملكه ، ولم يحزه

(تنبيه) الاستيلاء على المباح ، صيداً كان أو غيره قد يكون حقيقة ، وذلك بوضع اليد حقيقة على الشىء وحيازته ، وقد يكون حكما ، وذلك بتهيئة سببه كوضع إناء لجمع ماء المطر ، أو نصب شبكة لأجل الصيد ، ولذلك

---

(١) الكوارة ، بضم الكاف وكسرها مع تخفيف الواو ، وقد تشدد الواو مع ضم الكاف ، هى شىء يتخذ للنحل من القضبان أو الطين ضيق الرأس ، وقد تطلق الكوارات على الخلايا ، ويقال لها كوائر أيضا

لو مات صاحب الاناء أو صاحب الشبكة ثم امتلأ الاناء ماء، ووقع صيد في الشبكة كان ذلك الماء من ضمن تركة صاحب الاناء، والصيد الذي وقع في الشبكة من تركة صاحب الشبكة

العقود الناقلة للملك والميراث

العقود الناقلة للملك هي التي يتحول بها الملك من حيز إلى حيز اختياراً، فيحل بها مالك جديد محل مالك قديم فيما كان مملوكا للأول والملك إما أن ينتقل بعد وفاة المالك الأول؛ وهذا يكون بعقد الوصية؛ ولذا يكون الايجاب من الموصي حال حياته، والقبول من الموصى له، بعد وفاة الموصي، وإما أن ينتقل الملك حال الحياة، وذلك بالعقود الأخرى غير الوصية. والملك المنتقل بهذه العقود إما أن يكون بعد العقد مباشرة بدون فاصل كما في البيع والزواج بالنسبة للمهر والخلع بالنسبة لبدل الخلع، لكن أحكام كل من البيع، والمهر، وبدل الخلع من حيث الضمان بعد العقد وقبل التسليم، غيرها بعد التسليم، كما سترى هذا مبيناً في مواضعه. وأما أن يكون انتقال الملك بعد القبض كما في الهبة والصدقة والقرض ومن العقود ماهو منه للملك كالوقف.

والميراث ينتقل به الملك من المورث الى الوارث بعد وفاة المورث، وحق الوارث في تركة مورثه يكون بعد إيفاء ماعلى التركة من الديون وتنفيذ ما عليها من الوصايا، فلا يخلف الوارث مورثه في ملكه إلا بعد خلوص التركة من كل حق عليها وجب على المتوفى حال حياته

والكلام في كل من المهر وبدل الخلع والوصية والميراث من مقرر الأحوال الشخصية، والوقف له دراسة خاصة به، وأما ماعدا ذلك من العقود الناقلة للملك، وما يتصل بها من العقود الأخرى فهو من دروس

الشفعة

قدمنا أن الشفعة من ضمن أسباب الملك ، إذ بها يتحول الملك من المشترى الى الشفيع ويحل الثانى محل الأول بحكم الأولوية، فاذا بيعت حصة شائعة(٢) من عقار فطلبها الشريك الآخر لنفسه كان أولى بها من المشترى بحكم الشركة، وكذا إذا بيعت أرض أو دار كان للجار الحق فى أن يضم المبيع إلى ملكه ويتخذه لنفسه بحكم الجوار ، وبهذا تتضح لك صورة الشفعة .

معنى الشفعة

الشفعة هى حق تملك العقار المبيع ، ولو جبرا على المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن (٣)

---

(١) أسباب الملك المذكورة هنا هى الاسباب التى يكتسب بها أفراد الناس الملك وهى موضوع المعاملات الشرعية والقانون المدنى . وثم اسباب للملك غير هذه موضعها فى الشريعة بيان احكام الغنيمة والفيء فى كتاب الجهاد ، وفى القانون الدولى العام أحكام الحرب

(٢) المراد بالحصة الشائعة غير المقررة ، فيكون كل جزء من اجزاء العقار المشترك مهما صغر شركة بين الشريكين أو الشركاء ، ويقال ملك مشاع بفتح الميم وضمها أى مشترك بين اثنين فاكثر ، وقد تكون الشركة خاصة بين أناس معينين ، وقد تكون عامة كالارض التى يشترك فيها أهل القرية الواحدة للارتفاق بها ، وتسمى حصة كل واحد من الشركاء فى الملك المشترك بين أشخاص معينين (شقصاً)

(٣) وكالعقار ما فى حكمه كحق التعلى، وقد يكون المشترى أحد الشفعاء واذا يكون للآخرين بعض العقار لا كله ، وقد يكون التملك برضا المشترى . والمؤن هى النفقات التى تصرف لكتابة العقد وتسجيله وأجرة السمسار ونحو ذلك فيأخذ المشترى من الشفيع حقه كله كاملا غير منقوص .

حكمة مشروعية الشفعة : هى اتقاء الضرر الذى ينشأ من المجاورة ، أو من الاشتراك فى عقار واحد على الشيوع . وسبب الأخذ بالشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعقار المبيع بسبب الشركة على الشيوع أو المجاورة (١) .

والشركة اما أن تكون شركة فى نفس العقار ، أو شركة فى حقوق العقار ، كحق المرور ، وحق المجرى ، وحق المسيل ، وحق الشرب الخاصة بالشركاء المعينين فقط سواء أكانوا اثنين أم أكثر من اثنين ، بشرط أن يكونوا جميعا معينين ومعروفين

وعلى هذا فالشفيع واحد من ثلاثة (٢) : (الأول) الشريك فى نفس العقار المبيع ، (الثانى) الشريك فى حقوق العقار المبيع الخاصة ، (الثالث) الجار الملاصق عقاره للعقار المبيع ملاصقة تامة ، أى بدون أى فاصل بين العقارين . وهؤلاء الشفعاء فى استحقاق الشفعة على هذا الترتيب

الشريك فى نفس العقار — أولا — لأن اتصاله أقوى من اتصال غيره . فاذا تقدم الشريك فى نفس العقار لطلب الشفعة ، وتقدم معه غيره ، كان الشريك فى نفس العقار هو الأولى بالأخذ بالشفعة ، فان لم يوجد أو وجد ولم يتقدم ، أو تقدم وسقط حقه فى الشفعة لسبب ما ، فالحق بعده للشريك فى

---

(١) حكمة الشىء هى المعنى المناسب لشرعيته كمنع الضرر فى الشفعة ، والسبب (أو العلة) هو الوصف المحسوس الذى جعل علامة على تلك الحكمة ، وقد يوجد أحدهما بدون وجود الآخر ، لكن الاحكام تدور مع عللها فقط ، وذلك لانضباطها ووضوحها

(٢) الشفعة عند الأئمة الثلاثة ، مالك والشافعي واحمد ، لاتكون الا للشريك والكلام في ذلك يطول جداً

حق العقار الخاص ، ولو لم يكن جاراً ملاصقا ، ويستوى الشركاء فى حقوق العقار الخاصة ، لا فرق بين الملاصق منهم عقاره للعقار المشفوع فيه ، وغير الملاصق ، اذ العبرة هى فقط للشركة فى حقوق العقار الخاصة . فان تقدم هذا الشريك فى حق العقار الخاص ، وتقدم معه الجار (فقط) فانه يقضى بالشفعة للاول ، فان لم يوجد ، أو وجد ولم يتقدم ، أو تقدم وسقط حقه فى الشفعة لسبب ما فالحق بعد يكون للجار الملاصق الذى لا شركة له أصلا فى حق العقار المشفوع فيه . واذا تعدد الجيران الملاصقون فكلهم فى استحقاق الشفعة على السواء لا يفضل واحد منهم عن غيره ، ولا ينظر إلى الملاصقة من جانبين أو جانب واحد ؛ ولا الى طول الجزء الملاصق ، ولا قصره ، فمتى وجدت ملاصقة العقارين ولو بجزء يسير جداً تثبت المجاورة ، وبها تستحق الشفعة اذا وجد ما يدعو الى طلبها

واذا تعدد الشفعاء سواء أكانوا شركاء فى نفس العقار الذى بيعت حصة منه ، أم كانوا جميعا شركاء فى حق من حقوق العقار الخاصة ، أم كانوا جميعا جيراناً ملاصقين فقط ، وقضى لجميع الشفعاء المستحقين بالشفعة ، فان العقار المشفوع فيه يقسم بينهم على السواء .

ولا شفعة فى أى عقار كان إلا إذا كان انتقال الملك بسبب البيع فقط ، أما إذا انتقل الملك بسبب غير البيع فلا شفعة أصلا ، كالهبة ، والصدقة ، والمهر ، والخلع ، والوصية ، والميراث ، أو وقف العقار ، فلا شفعة اذا حصل انتقال الملك بسبب من أولئك الأسباب غير البيع الصحيح فقط

وهاك بيانا لما تقدم بتفصيل أوفى : الشركة بالنسبة إلى الشفعة تنقسم إلى قسمين : شركة فى نفس العقار المبيع وشركة فى حقوقه ، والشركة فى نفس العقار على ضربين : أولها أن يكون للشفيع حصة شائعة فيه كثيرة كانت أو

قليلة ، فان كانت الحصة التي يملكها الشفيع مفرزة عن العقار المبيع فلا يكون شريكا فيه . ثانيهما أن يكون للشفيع حصة شائعة في بيت معين من العقار المبيع أو يكون له حصة شائعة في أرض حائط الدار .

والشركة في حقوق العقار إما أن تكون في شرب خاص أو طريق خاص أو مسيل . وقد اختلف في تعريف الشرب الخاص فقيل هو ما لا تجرى فيه صغار السفن ، وقيل ما كان الشركاء فيه يحصون عدداً ، واختلفوا في ذلك فقيل مالا يحصى خمسمائة فما فوق ، وقيل مائة وقيل أربعون ، وقيل الأصح تفويض ذلك الى كل مجتهد في زمانه ، وأما الطريق الخاص فهو غير النافذ أو الذي يملك أهله سده . وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا ، وإن بيعت دار في العليا فلأهل السكتين جميعاً الشفعة . ولو كان نهر صغير تفرع منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق

ثم الشركاء في حقوق العقار من حيث استحقاق الشفعة سواء ، فلا يفرق بين الملاصق منهم والمقابل ( ) والجار ما كان عقاره ملاصقاً للعقار المبيع حقيقة أو حكما فاذا بيع بيت من دار فالملاصق للبيت المبيع ولأقصى الدار في الشفعة سواء لكونه ملاصقا حكما [1] وكل من صاحب العلو والسفل يعتبره جارا للاخر وكذلك من كان شريكا في بناء الحائط

---

(١) في الفتاوى الهندية ما نصه . (دار) كبيرة فيها مقاصير باع صاحب الدار مقصورة او قطعة معلومة أو بيتا منها فاجار الدار الشفعة فيما كان جارا من أي جهة من نواحيها لأن المبيع من جملة الدار ، والشفيع جار الدار فكان جارا للمبيع) وفيها ايضا ما نصه : (في شرح ادب القاضي للخصاف في باب الشفعة : فان كان لهذه التي هذا البيت فيها جيران ملازقون فالذي هو ملازق ومن هو في أول الزقاق أو في آخره

دون أرضه أو فى خشبة موضوعة على الحائط أو كانت الأخشاب لأحدهما فهما فى جميع هذه الأحوال جاران

والحاصل أنه متى انتفت الشركة فى نفس الأرض فلا يعتبران شريكين .

وغير هؤلاء لا حق لهم فى الشفعة كالجار المقابل فى الطريق العام

هـذا البيت المبيع والذى هو ملازق لأقصى الدار لا لهذا البيت فى الشفعة السواء » هذه هى نقول المذهب وبها نعرف بطلان تلك الحيلة المشهورة لاسقاط الشفعة ، وهى أن تباع الدار إلا ذراعا أو شبراً أو أصبعا فى جانب حد الشفيع ويمتد المتروك بطول الحد كما فى الدر المختار وغيره ، وذلك لأنه يصدق على المبيع أنه بعض معين من الدار فاذا انتفى كون الجار ملاصقا لهذا المبيع حقيقة فهو ملاصق له حكما . وقد نقل ابن عابدين عن السائحانى أنه استشكل هذه الحيلة كما استشكلناها بما نقله الشرنبلالى عن عيون المسائل « دار كبيرة ذات مقاصير باع فيها مقصورة إلى آخر ما تقدم عن الفتاوى الهندية ، ولكن ابن عابدين قال بعد ذلك مانصه : « أقول المشكل ما فى العيون لا ماهنا (أى فى الدر) فتأمل !! » وهذا فى غاية العجب من ابن عابدين حيث لم يسلم نقول المذهب الصحيحة ولعله لم يطلع عليها ولا أدرى كيف نقل فى أوائل الكلام فى الشفعة عن القهستانى أن الجار الملاصق المتصل بالمبيع ولو حكما شفيع كما إذا بيع بيت من دار فان الملاصق له ولأقصى الدار فى الشفعة سواء ، ولعله ذهل عن ذلك . وقد تعقبه الرافعى رحمه الله فى تقريره وقال إن عبارة العيون رواها الحسن عن أبى يوسف عن أبى حنيفة ورواها هشام عن محمد ، فلم يبق بعد هذا شك فى صحة النقل وبطلان الحيلة وجل من لا يسهو اهـ .

مراتب الشفعاء

علمت مما تقدم أن الشفعاء أنواع وهم ليسوا جميعا فى استحقاق الشفعة سواء بل يقدم الأقوى فالأقوى . فيقدم الشريك فى حصة شائعة فى العقار فان لم يكن أو كان وسقط حقه فى الشفعة بسبب ما فبعده الشريك فى حصة فى بيت معين من الدار ، وفى مرتبة هذا الشريك الشريك فى أرض حائط الدار [1] فان لم يوجد واحد منهما أو وجد وسقط حقه فى الشفعة فبعده الشريك فى حقوق المبيع الخاصة [2] فان لم يكن أو كان وسقط حقه فى الشفعة فبعده الجار . وجميع أنواع الجيران فى استحقاق الشفعة فى درجة واحدة لا ترجيح لنوع على آخر

ولا بد أن يطلب جميع الشفعاء الشفعة وقت علمهم بالبيع ولا ينتظر المتأخر منهم سقوط حق المتقدم ، فلا ينتظر الجار سقوط حق الشريك ثم يطلب .

وعن أبى يوسف أنه مع وجود الشريك فى الرقبة لا حق لغيره فى الشفعة سواء سلم أم استوفى لأنهم محجوبون به ، ووجه ظاهر المذهب وهو أن

---

(١) هذا هو مذهب محمد وأصح الروايتين عن أبى يوسف لأن اتصاله أقوى من اتصال الجار والبقعة واحدة والرواية الأخرى عن ابى يوسف انه يكون مقدما على الجار فيما هو شريك فيه وهو البيت أو أرض الحائط واما عدا ذلك من بقية الدار فهو والجار فيه سواء فيكون بينهما مناصفة وعلى هذه الرواية نقول (ما شفيع هو شريك وجار وقد أخذ الشفعة بكل من الشركة والجوار)

(٢) اذا اجتمع الشركاء فى حقوق المبيع قدم الشريك فى الشرب الخاص ، ثم الشريك فى الطريق الخاص ، ثم الشريك فى المسيل (أنظر الدر والفتاوى الهندية)

لكل من الشفعاء حق الأخذ بالشفعة ولو تفاوتت مراتبهم ، لأن السبب تقرر فى حق الجميع إلا أن للشريك فى نفس العقار التقدم ، فاذا سلم كان الحق لمن يليه بمنزلة دين الصحة من دين المرض

ثم استحقاق الشفعة يكون بقدر الرءوس لا بقدر الأنصباء ، فاذا كانت دار لثلاثة شركاء ، لأحدهم نصفها ، وللثانى ثلثها ، وللثالث سدسها ، فباع صاحب النصف نصيبه وطلبه الشريكان بالشفعة فانه يقسم بينهما نصفين

وقال الشافعى رضى الله عنه : هى على مقادير الأنصباء فيأخذ صاحب الثلث ضعف ما يأخذه صاحب السدس واستدل على ذلك بأن الشفعة من مرافق الملك وتوابعه لأنها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر الملك كالغلة والثمرة

واستدل أصحابنا بأن الشفعاء تساووا فى سبب الاستحقاق وهو الاتصال واذا انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة ، فهذا دليل على كمال السبب فى حق كل منهم والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فيه ليثبت الحكم بقدر دليله

ما تثبت فيه الشفعة

لا تثبت الشفعة قصداً[1] إلا فى عقار خرج من يد مالكه بعوض وذلك العوض مال ، وقد ألحق بالعقار حق القرار للعلو فاذا بيع العلو كان لصاحب السفل ولجميع الشفعاء طلب أخذه بالشفعة ، لأن حق التعلى يبقى على الدوام فصار كالعقار فتستحق الشفعة فيه ، وكذلك تستحق به كما سيأتى[2]

---

(١) ولا تثبت فى غير العقار الا تبعا له ، كالبناء والغراس وآلة الحراثة فان الشفعة تثبت فى كل منها تبعاً للأرض

(٢) اذا انهدم العلو بعد بيعه أو بيع السفل فعلى قول أبى يوسف أن

فلا شفعة فى البناء والشجر اذا بيعا وحدهما دون الأرض سواء أكانت الارض مملوكة للبائع أم لغيره أو كانت وقفاً أو من الاراضى الأميرية ، وذلك لان المبيع ليس بعقار ولا ملحقاً بالعقار[1] خلافاً للكمال بن الهمام . ولا شفعة فى المبيع بشرط الخيار للبائع أو المبيع بيعا فاسدا لم ينقطع فيه حق الفسخ ، لان العقار المبيع لم يخرج من يد مالكه فى الحالتين ، إذ له حق الفسخ ، أما فى البيع بشرط الخيار فظاهر ، وأما فى البيع الفاسد فلان حق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد ، وفى إثبات الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز ، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشترى فى البيع الصحيح ، لانه صار أخص بالمبيع تصرفا حيث تعلق به تصرفه وحده الفسخ أو الاجازة ، وأما البيع الفاسد فليس الامر فيه كذلك

فاذا سقط خيار البائع فلزم البيع ثبتت الشفعة ، وكذلك اذا انقطع حق البائع فى البيع الفاسد بان قبضه المشترى وتصرف فيه تصرفا يمنع فسخ البيع كأن بنى أو غرس فيه أو أخرجه من ملكه ببيع أو هبة أو غير ذلك .

الشفعة فيه وبه تبطل لأن الجوار بالاتصال وقد زال ، وعلى قول محمد أن الشفعة لا تبطل بذلك ، لأنها ليست بسبب البناء بل بالقرار الذى هو فى حكم العقار ، وحق القرار باق بعد هدم البناء ، والراجح قول محمد

(١) نقل فى الدر عن الكمال أن البناء إذا بيع مع حق القرار كالبناء فى الأرض السلطانية أو أرض الوقف المحتكرة يلتحق بالعقار وقد ردوا عليه قوله هذا بوجود الفرق بين المقيس والمقيس عليه . قال ابن عابدين فى بيان هذا الفرق ان البناء فيما ذكر ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف الزوال لما قالوا أن الأرض المحتكرة إذا امتنع المحتكر عن دفع أجرة المثل لها يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره وكذا يقال فى اراضى السلطانية اذا امتنع عن دفع ما عينه السلطان بخلاف العقار وحق القرار ، فان كلا منهما يبقى على الدوام ، فوضح الفرق

ولا شفعة فى العقار الموقوف الا إذا بيع بمسوغ شرعى،فانالشفعة تثبت فيه (٣) وكذلك لا شفعة فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو ارث أو وصية لعدم العوض . وأما الهبة بشرط العوض ففيها الشفعة ، لأنها بيع انتهاء ، ولا بد من القبض وألا يكون الموهوب ولاعوضه شائعا إلى آخر شروط العين الموهوبة ، لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضةانتهاء وإذا كان العوض غير مشروط فى العقد فان الشفعة لا تثبت فى الموهوب ولا فى العوض ، ولا شفعة فيما ملك ببدل ليس بمال ، كأن يستأجر شخص طبيبا ليعالجه ثم يعطيه الأجرة دارا أو أرضا له ؛

وكأن يتزوج أو يخالع ويجعل المهر أو بدل الخلع دارا مثلا .وقال الشافعى رضى الله عنه : ان الشفعة واجبة فى كل ذلك ؛ لأن هذه الأعواض متقومة فيأخذ الشريك الشفيع من الدار أو من الأرض بقيمتها .

وإذا اقتسم الشركاء العقار المشترك فلا شفعة لجارهم بسبب القسمة : لأن القسمة ليست معاوضة محضة بل فيهامعنى الافراز . والشفعة ماشرعت الافى المبادلة المطلقه .

ما تثبت به الشفعة

يجب أن يكون المشفوع به عقارا (أو ملحقا به وهو حق التعلى) مملوكا للشفيع وقت شراء العقار المشفوع فيه . ويستمر مملوكا للشفيع ، حتى يقضى بالشفعة ، فلا شفعة لشريك أو جار لا يملكان غير البناء والشجر لأن ما يملكانه ليس بعقار ولا ملحقا به كما تقدم ، ولا شفعة لناظر الوقف أو مستحقه ، لأنهما لا يملكان العقار الموقوف

---

(١) وأقول : لا شفعة فى عقار أخذ بدل عقار موقوف بطريق الاستبدال بمسوغ شرعى ، وذلك لانه يصير وقفا بمجرد الاستبدال . فليتنبه لهذا

طلب الشفعة

اذا علم الشفيع بالبيع والمشترى والثمن فانه يبادر بطلب الشفعة فورا فى مجلس علمه بذلك [1] سواء أعلم يوم البيع أم بعده بزمن. ويسمى هذا الطلب طلب مواثبة أى مبادرة وهو ليس لاثبات الحق، بل ليعلم أن الشفيع غير معرض عن الشفعة، ولا يلزم الاشهاد على ذلك، ولكنه يشهد احتياطاً خوف جحود المشترى، ثم يشهد على البائع إن كان المبيع فى يده لم يسلمه إلى المشترى أو على المشترى سواء أكان المبيع فى يده أم لا أو عند العقار المبيع. أما الاشهاد على البائع فلأن المبيع لا يزال تحت يده وهذا كاف فى اعتباره خصما، فاذا سلم المبيع إلى المشترى صار أجنبيا. وأما الاشهاد على المشترى، فلأنه المالك الحقيقى للعقار بعد البيع، وأما الاشهاد عند المبيع فلأن الحق متعلق به. وكيفية الاشهاد أن يقول الشفيع اشترى فلان هذه الدار (مثلا) وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن واشهدوا عليه ويسمى هذا طلب إشهاد وتقرير. وهذا الطلب لا بد منه، والغرض منه التوثق على تقدير الانكار، والمدة الفاصلة بينه وبين الطلب الأول مقدرة بالتمكن منه، فاذا تمكن ولم يطلب بطلت شفعته، وإن لم يتمكن فلا تبطل. ولو أشهد فى طلب المواثبة عند البائع أو المشترى أو العقار، كفاه ذلك الاشهاد وقام مقام طلبين. وبعد هذين الطلبين يطلب عند

---

(١) فلو سكت بلا عذر ثم طلب بطلت شفعته، لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض عنه ولحديث «الشفعة لمن واثبها»، ولو أخبر بكتاب والشفعة فى أوله أو فى وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته؛ وعلى هذا عامة المشايخ كما فى الهداية وعليه الفتوى كما فى جواهر الفتاوى. وفى رواية هشام عن محمد أن الشفيع له أن يطلب الشفعة ما دام فى مجلس علمه بها وظاهر المتون على هذه الرواية، وقال فى الدر انها أصح من الأولى وقد اختارها الكرخى كما فى الهداية معللا بأنه لما ثبت له خيار

القاضى فيقول اشترى فلان الدار الفلانية وأنا شفيعها بسبب كذا فمره يسلم الدار إلى[1] ويسمى هذا طلب تملك وخصومة فاذا أخره الشفيع بعد الطلب الثانى شهراً[2] بلا عذر بطلت شفعته وإن أخره بعذر مقبول كأن يكون مريضاً مرضا يمنعه من حضور مجلس القضاء أو مسافراً بعد طلب الاشهاد ولم يمكنه التوكيل فلا تسقط شفعته[3].

التملك فلا بد له من زمان التأمل وهذا كلام معقول جدا وإن كان ابن عابدين ذهب الى ترجيح الرواية الأولى تبعا للزيلعى والخانية وشرح المجمع

(١) وعلى القاضى أن يتحرى صحة الشراء وسبب الشفعة كل التحرى ثم يقضى بها بعد ذلك

(٢) سقوط الشفعة بتأجيلها شهرا فأكثر بعد طلب الاشهاد هو مذهب محمد وزفر ووجهه ان الشفعة إن لم تسقط بتأخير الخصومة من الشفيع أبدا فان المشترى يتضرر بذلك لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدره بشهر لأنه آجل وما دونه عاجل وهذا القول هو المختار للفتوى دفعاً للضرر وعن أبى يوسف أنه اذا ترك المخاصمة فى مجلس من مجالس القاضى تبطل شفعته فانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصمه فيه وهو قادر على المخاصمة دل ذلك على إعراضه وتسليمه . ومذهب الامام وإحدى الروايتين عن أبى يوسف أن الشفعة لا تسقط لتاخير طلب الخصومة شهرا أو سنة أو اكثر بعذر او بدون عذر وهذا هو ظاهر المذهب . وقال فى الهداية ان عليه الفتوى ولكنه قد عدل عنه كما تقدم ، ووجهه ان الحق متى ثبت واستقر فلا يسقط إلا باسقاط من له ذلك الحق .

(٣) اذا كان الشفيع صبياً فلوليه او وصيه أن ياخذ له بالشفعة ، فان لم يطلبها وبلغ الصبي فلا شفعة له بعد البلوغ وعن محمد ان البيع ان كان بمثل القيمة أو

وخصم الشفيع فى إثبات الشفعة هو المشترى سواء تسلم العقار من البائع أم لم يتسلمه . أو البائع قبل تسليم العقار إلى المشترى ، ومع ذلك إذا كان العقار فى يد البائع وترافع الشفيع معه فلا تسمع البينة عليه حتى يحضر المشترى ، لأن القضاء على الغائب لا يجوز ، ولأن أخذ المبيع من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبل قبض المشترى يوجب فسخ البيع ومتى ثبتت الشفعة مستوفية شرائطها يفسخ القاضى شراء المشترى ولا يفسخ البيع من أصله ، لئلا تبطل الشفعة لبنائها عليه ، ويقضى للشفيع بالعقار المشفوع ، أى يحول المبيع من يد البائع الى الشفيع .

وإذا كان من يستحق الشفعة أكثر من واحد وبعضهم حاضر والآخر غائب فلا ينتظر قدوم الغائب ولا يوقف له نصيب ، بل يقضى للحاضر بجميع المبيع ، فان حضر الغائب وطلب الشفعة مستوفيا شرائط الطلب ، فان كان دون من قضى له بالشفعة فى المرتبة فانه يمنع لعدم الفائدة كأن يكون الغائب جارا والحاضر شريكا وإن كان مثله قضى بينهما بالتساوى كأن يكونا شريكين فى نفس العقار مثلا . وان كان فوقه قضى له بجميع المبيع وبطلت شفعة الأول كأن يكون الأول شريكا فى حق المبيع ، والثانى شريكا فى حصة شائعة فى المبيع .

حكم الشفعة

يثبت تملك الشفيع العقار المشفوع بأحد أمرين : قضاء القاضى أو أخذه برضا المشترى

أقل فللصبى بعد البلوغ أن يطلب بالشفعة . فان لم يكن للصبى ولى ولا وصى ينصب له القاضى قيما ليأخذ له بالشفعة ، فان لم يفعل فان الصبى يبقى على شفعته حتى يبلغ فيأخذها ، ولو مضى على بيع العقار المشفوع فيه عدة سنين ، وذلك لقيام العذر بالصبى

ومع ذلك فالأخذ بالشفعة يعتبر شراء جديدا بالنسبة للشفيع ، فله خيار الرؤية والعيب ولا يتقيد بما اشترط المشترى مع البائع من اسقاط الخيار ويلزم الشفيع بنقد الثمن فى الحال متى قضى له بالعقار المشفوع ، سواء كان ثمن المبيع حالا أم مؤجلا على المشترى (١) وان أخذه الشفيع من المشترى ونقده الثمن رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذى جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه وصار كما إذا باعه بثمن حال وكان قد اشتراه مؤجلا — وإذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع لأن الثمن مازال باقيا ببقاء بعضه .

وتحقيق ذلك أن الثمن هو ما يتفق عليه البائع والمشترى ولو كان عشر القيمة الحقيقية ، فاذاً يكون الباقى بعد الحط هو الثمن الذى اتفقا عليه ، وأما حط جميع الثمن فلا يلحق بأصل العقد لئلا يبقى البيع بدون ثمن والبيع بدون ثمن لا يجوز ، وإن زاد المشترى للبائع شيئاً على الثمن فلا تلزم الزيادة لأن فيها ضررا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها بخلاف الحط فان فيه منفعة له .

ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته لأنه من ذوات القيم وان اشتراها بكيل أو موزون أخذها بمثله لأنهما من ذوات الأمثال ، وهذا لأن الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشترى بمثل ما تملك به ، فيراعى

---

(١) قال فى الهداية وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء أخذ بثمن حال وإن شاء صبر حتى ينقضى الأجل ثم يأخذ وليس له أن يأخذ فى الحال بثمن مؤجل . وقال زفر له ذلك لأن كونه مؤجلا وصف فى الثمن والأخذ بالشفعة يكون بالثمن فيأخذ الشفيع بأصل الثمن ووصفه . ورد عليه بأن الاجل إنما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المشترى ، وليس الرضا به فى حق المشترى رضا فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الغنى وسهولة الاعطاء عند التقاضى .

بالقدر الممكن كما فى مسألة الضمان . وان باع عقاراً بعقار أخذ الشفيع فى كل واحد منهما بقيمة الآخر لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته .

والشفعة لاتقبل التجزئة فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار المبيع ويترك بعضه جبراً على المشترى ، لكن إذا تعدد المشترون وكان البائع واحداً ودفعوا له الثمن فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقى وكذا إذا بيع عقاران صفقة واحدة لمشتر واحد وكل من العقارين فى بلد فاشفيع أحد العقارين أن يأخذه بحصته من الثمن [1]

واذا قضى للشفيع بالعقار فوجد المشترى قد وقفه أو جعله مسجداً فله نقض ذلك لأنه أولى من المشترى بالعقار

واذا وجد المشترى قد زاد عليه شيئاً فاما أن يكون هذا الزائد مما يقبل الانفصال كالبناء والشجر أو لا يقبل كالدهن بالألوان

فان كان الثانى فالشفيع مخير بين أمرين «الأول» أن يترك العقار المشترى «الثانى» أن يأخذه بالثمن الذى اشترى به وقيمة الزيادة

وان كان الأول فالشفيع مخير بين ثلاثة أمور : «الأول» أن يترك العقار للمشترى «الثانى» أن يأخذه بالثمن المسمى ويدفع قيمة البناء أو الشجر مستحق القلع «الثالث» أن يكلف المشترى قلعهما . ثم ان كان قلع البناء والشجر لا يضر بالأرض لا يجبر المشترى على تركهما وان كان القلع يضر بالأرض أجبر على ابقائهما

---

(١) وذلك بأن يقوم كل واحد من العقارين على حدة ، ثم يقسم ثمنهما المتفق عليه جملة واحدة على مجموع القيمتين ، ثم يضرب الخارج فى قيمة العقار المراد أخذه بالشفعة ، فيكون حاصل الضرب هو حصته من الثمن الكلى . ويلاحظ أن الخارج اما ان يكون واحداً صحيحاً أو أقل أو أكثر وذلك تبعا لاختلاف النسبة بين القيمة والثمن

وأخذ قيمتهما مستحقين للقلع وهذا قول الطرفين، وعن أبي يوسف ان الشفيع يخير بين أمرين (الأول) أن يترك العقار للمشترى (الثانى) أن يأخذ العقار بالثمن المسمى وقيمة البناء والشجر قائمين غير مقلوعين

دليل الطرفين أن العقار المبيع تعلق به حقان حق الشفيع وحق المشترى ، ولكن حق الشفيع أقوى، لأنه مقدم على حق المشترى شرعا فيكون المشترى قد بنى أو غرس فيما لغيره حق فيه أقوى من حقه فيكون فى حكم الغاصب . ودليل أبى يوسف ان المشترى غير متعد فى البناء والغرس لثبوت ملكه بالشراء فلا يعامل معاملة الغاصب، فيكلف القلع فان ذلك التكليف من أحكام العدوان ـ والمختار للفتوى مذهب الطرفين ، وقد افتى به الشيخ (المهدى) مفتى الديار المصرية أكثر من مرة ، ولكن أصحاب مجلة الأحكام العدلية اخذوا بقول أبى يوسف (راجع مادة ١٠٤٤) وهو ارفق بالمشترى ، وان كان الاول أدق نظراً

واذا وجد الشفيع ان العقار قد نقص فى يد المشترى فاما ان يكون النقص من نفس العقار او من توابعه كالبناء والشجر فان كان من نفس العقار فان حصة التالف تسقط من اصل الثمن، كأن يكون العقار بجانب نهر فيتحول التيار على جزء منه فيذهب به ، او يستحق جزء من العقار ويقضى به للمستحق ، وان كان النقص فى توابع العقار كهدم البناء او قلع الشجر فاما ان يكون ذلك بصنع المشترى أو صنع غيره او بدون صنع احد ، فان كان بصنع المشترى او غيره فالشفيع مخير بين ان يترك وبين ان يأخذ الأرض بحصتها من الثمن، وذلك بأن يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء قائما فيدفع عن الثمن ما يخص الارض فقط واذا لم يكن النقص بتعدى أحد فاما ان يبقى انقاض وخشب بعد حصول التخريب والتلف او لا يبقى شيء وعلى كل حال فالشفيع مخير ان شاء اخذ وان شاء ترك فاذا اختار ان يأخذ فى الصورة الأولى يقسم الثمن على قيمة الدار أو البستان يوم العقد

وقيمة الانقاض او الاخشاب يوم الأخذ ويأخذ الشفيع الارض بحصتها من الثمن وليس له ان يأخذ النقض بالشفعة لأنه صار مفصولا فلم يبق تبعا . وفي الصورة الثانية يأخذ الشفيع الأرض بكل الثمن . وإذا استحق العقار المبيع بعد ان قضى به للشفيع وأدى ثمنه فان كان قد أخذ من يد البائع وادى اليه الثمن فالعهدة على البائع ، لأنه هو القابض للثمن ولأن المبيع انتقل منه الى الشفيع بعد ان انفسخ البيع بينه وبين المشترى . وان كان قد أخذه من المشترى بعد ان قبضه من البائع وأدى اليه الثمن فان العهدة على المشترى ، لأنه هو القابض للثمن ، ولأن المبيع انتقل منه إلى الشفيع . وإذا بنى الشفيع أو غرس ثم استحق العقار المبيع رجع بالثمن فقط على من أعطاه اياه ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ولا على المشترى بل يقلعهما ويأخذ انقاضهما وإذا كان قلعهما يضر بالأرض وأبى المستحق قلعهما فانهما يتركان له بقيمتهما مستحق القلع . وعن أبى يوسف أنه يرجع بقيمتهما لأنه متملك من المشترى فيعتبر المشترى بائعاً له ويعتبر الشفيع مشتريامنه ، وقد تقدم أن المشترى يرجع على بائعه بالثمن وقيمة البناء عند أبى يوسف فكذلك الشفيع لأنه بمنزلته ولكن المشهور عن أبى يوسف هو الرواية الأولى فلا بد إذاً من بيان الفرق بين الشفيع والمشترى عنده على هذه الرواية . والفرق هو أن المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط على البناء والغرس من جهة أيضاً ، وأما الشفيع فهو ليس بمغرور لا من جانب البائع ولا من جانب المشترى لأنه تملك من صاحب اليد جبراً عنه

ما يبطل الشفعة

ما يبطل به حق الشفعة نوعان . الأول : اختيارى . والثانى : اضطرارى والاختيارى نوعان صريح ودلالة . فالصريح كأن يقول الشفيع أبطلت الشفعة وأسقطتها ، أو أبرأتك منها أو سلمتها لك ، ونحو ذلك ، وشرط كون هذا

الاسقاط معتبراً أن يكون بعد البيع وقبل الحكم للشفيع بالشفعة ، ولا يجوز قبل البيع ولا بعد القضاء ، لأن اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وكذلك إسقاطه بعد تقرره بالقضاء ، لأنه فسخ له . والدلالة أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالبيع والاعراض عن الشفعة ، كأن يترك الطلب فى مجلس علمه بالبيع من غير عذر ، أو يترك طلب الاشهاد مع التمكن منه ، أو يؤخر طلب المخاصمة شهراً بلا عذر ، وكذلك إذا استأجر الشفيع العقار المشفوع من من المشترى أو ساومه إياه بيعاً أو إجارة أو أخرج العقار المشفوع به من ملكه قبل تملكه العقار المشفوع فيه ، فان شفعته تبطل فى كل ذلك .

والحاصل إن الشفعة تبطل باظهار الرغبة عنها مطلقاً

ولكن إذا أخبر الشفيع بمقدار الثمن فاستكثره أو علم باسم المشترى فرضيه أو بلغه أن المبيع نصف الدار مثلا فسلم فى الشفعة ثم تبين له أن الثمن أقل مما أخبر به أو المشترى غير من سمى له أو المبيع كل العقار لا نصفه فله طلب الشفعة فى ذلك كله ، لأنه فى الأول إنما سلم لاستكثار الثمن فاذا ظهر أن الثمن أقل مما سمى له بطل تسليمه وفى الثانى سلم لرضاه بجوار زيد والذى يرضى بجوار زيد لا يلزم أن يرضى بجوار بكر لتفاوت الجوار ، وفى الثالث إنما سلم لضرر الشركة ، والتسليم فى البعض ليس تسليما فى الكل

فلو علم أن المبيع كل العقار فسلم الشفعة ثم تحقق أن المبيع نصفه مثلا فقيل فلا شفعة له ، لأن التسليم فى الكل تسليم فى البعض وعن أبى يوسف أن الشفعة لا تسقط لجواز أن يكون تسليمه فى الكل لعجزه عن أداء ثمن الكل ولا يلزم من هذا عجزه عن أداء ثمن البعض ، وقد تكون حاجته إلى النصف فقط لتتم به مرافقته

والاضطرارى يكون بموت الشفيع بعد الطلبين الأولين وقبل الأخـــذ

بالشفعة فاذا مات الشفيع قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته ولا يكون لورثته حق فيها وإذا مات بعد الأخذ بالتراضى أو بقضاء القاضى كانت الدار لورثته ولو لم يكن قبض الدار أو نقد الثمن . وأما موت المشترى فلا تبطل به الشفعة

وقال الشافعى رضى الله عنه : ان الشفعة لا تبطل بموت الشفيع بل تنتقل إلى ورثته مطلقاً، لأن الوارث يقوم مقام المورث ويخلفه فيما هو له سواء كان عيناً أم حقاً؛ واحتج أصحابنا بأن ملك الشفيع قد زال بالموت وملك المورث حدث بعد ذلك فيكون قد حدث بعد البيع ويشترط فى ملك الشفيع أن يكون حاصلا من وقت البيع الى أن يقضى له بالشفعة . وقد اختلفت الآراء فى المحاكم الأهلية فى هذه المسألة

وضع اليد وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان(١)

لامانع من سماع الدعوى إلا فى حالتين يمتنع فيهما سماعها صيانة للاموال وقطعاً للاطماع الفاسدة، وسداً لابواب التزوير والحيل .

الحالة الاولى(٢)

أن تقترن الدعوى بما يدل ظاهراً على أن المدعى ليس له حق فيما يدعيه، وذلك (ا) اذا استام، أو استأجر، أو استعار، أو استوهب العين التى ادعى ملكيتها ممن هى فى يده . فان ذلك دليل بحسب الظاهر على أنه غير مالك لها اذ الانسان لا يستام ولا يستوهب ملك نفسه . و (ب) إذا بيعت العين والحال أن مدعى ملكيتها حاضر ساكت مع اطلاعه على تصرف المشترى فى العين تصرف

(١) السبب فى ذكر هذا البحث هنا أن وضع اليد فى القانون المدة الطويلة معدود من أسباب الملك وهو ليس فى الشريعة كذلك فذكرها هنا لاجل المقارنة

(٢) ولا يشترط فى هذه الحالة مرور المدة الطويلة المبينة فى الحالة الثانية

الملاك من بناء وبيع ونحوهما، غير أن المدعى إذا كان قريبا للبائع كالابن والزوجة[1] فانه يكتفى فى منع سماع دعواه باطلاعه على البيع والتسليم للمشترى مع حضوره وسكوته . وأما الأجنبي فلا يكفى ذلك لمنع سماع دعواه بل لا بد من علمه بتصرف المشترى فى العين المبيعة تصرف الملاك (وقد جعلت العلة فى ذلك كثرة اطلاع القريب على قريبه وقرب شعوره بتصرفه فكان علمه بالبيع والتسليم للمشترى مع سكوته مرجحاً لعدم ملكه للعين المبيعة، وأما الأجنبي فليست له هذه الدرجة من العلم فللاحتياط أضيف الى علمه بالبيع والتسليم للمشترى علمه بتصرف المشترى)

الحالة الثانية

أن تترك الدعوى حتى يمضى على تركها مدة طويلة كما ستري من التفصيل الآتى

الكلام على المدة ، مقدارها ، ابتداؤها ، انقطاعها

مقدار المدة

مقدارها ثلاث وثلاثون سنة فى دعوى الوقف ودعوى الملك بسبب الارث[2] وخمس عشرة سنة فى دعوى الملك بسبب غير الارث، ومنه دعوى الاستحقاق فى الوقف .

ولو تعاقب على وضع اليد اثنان فأكثر ضمت مدة واضع اليد الأخير الى مدة من كان واضعا يده قبله، سواء انتقل الملك من الاول الى الثانى بطريق الارث أم بطريق الشراء أم بغير ذلك ـ ويعتبر مجموع المدتين أو المدد مدة واحدة، هكذا فى المجلة العدلية

(١) وقيل الصحيح أن دعوى الزوجة تسمع لانها فى حكم المكره

(٢) وقيل ان دعوى الوقف لا تسمع بعد ست وثلاثين سنة ، وان دعوى الارث لا تسمع بعد خمس عشر سنة

ابتداء المدة

تبتدىء المدة بوجود المقتضي لاقامة الدعوى وانتفاء المانع . أما المقتضي فهو ظهور الحائز للعين[١] بمظهر المالك لها ؛ وأما المانع فهو العذر الشرعي الذي يمنع المدعي[٢] من إقامة الدعوى كأن يكون غائبا أو صبيا أو مجنونا لا ولي لهما ولا وصي ، أو يكون المدعى عليه ذا شوكة يخشى باسه . ومن الاعذار ما اذا كان المدعى عليه في دعوى الدين معسرا . وعلى ذلك اذا تصرف واضع اليد بما لا يدل على التملك كالاجارة والاعارة فهذا التصرف لا يمنع سماع الدعوى من صاحب الحق مهما كان طول المدة ولو كان المدعي حاضرا ساكتا . وأما اذا كان تصرفه مما يدل على التملك كالبيع والهبة فان هذا التصرف يقتضي إقامة الدعوى فاذا تركت الدعوى بعد المدة المعينة مع انتفاء المانع فانها لا تسمع بعد ذلك .
والمدة بالنسبة للقاصر والغائب والمجنون والمدين المعسر والخصم ذي الشوكة تبتدىء ببلوغ القاصر وافاقة المجنون وحضور الغائب ويسار المدين وزوال شوكة الخصم .

انقطاع المدة

تنقطع المدة باحد أمرين :

الاول — اقرار ذي اليد ان العين التي في يده ملك المدعي سواء أكان هذا الاقرار صريحا أو دلت عليه قرائن الأحوال ؛ لان المانع من سماع الدعوى انما هو خوف التزوير على واضع اليد ، ولا تزوير عليه مع اقراره[٣]

---

(١) ويقال له : واضع اليد ، وذو اليد ، والمدعى عليه

(٢) ويقال له : الخارج

(٣) ولا عبرة بكون الاقرار صوريا كما هو المتبادر من كلامهم ، لان القضاء انما يعتمد على الظاهر ولا يتغلغل الى البواطن . أقول : أن قامت قرينة قوية تطمئن اليها النفس على كذب الاقرار فلا ينبغي الاخذ به والاعتماد عليه ؛ واللائحة الشرعية الحالية الصادرة في سنة ١٩٣١ تساعد على ما أقول لتجويزها الاعتماد على القرائن

الثانى — معارضة المدعى لواضع اليد فى العين المحوزة فى أثناء المدة ومنازعته إياه، لأن هذا يدل دلالة ظاهرة على أن المدعى غير تارك لحقه وأيضا لم يتحقق شرط سقوط سماع الدعوى، وهو كونه حاضرا ساكتا بدون طلب، ويشترط فى ذلك أن يكون فى مجلس القاضى.

« تنبيه » : إذا أقر واضع اليد ان العين التى فى يده ملك للمدعى فهذا الاقرار حجة على أنها للمدعى وأنه ليس للمدعى عليه فيها حق، فلا يسقط حق المدعى فى هذه العين مهما كان طول المدة اذ منع سماع الدعوى انما هو لقطع الاطماع الفاسدة، لا لبطلان الحق فان الحق لا يسقطه تقادم الزمن

نزع الملك

الأصل عدم انتزاع الانسان مال غيره إلا برضاه ولكن استثنى من ذلك نزع الملك فى ثلاث حالات الأولى الأخذ بالشفعة وقد تقدم الكلام فيها.

الثانية نزع الملك لقضاء الدين فاذا كان شخص مدينا بدين ثابت عليه شرعا وامتنع من أدائه بنفسه فعلى قول الصاحبين للقاضى أن يحجز عليه فى هذه الحالة، ويمنعه من التصرف فى ماله اذا رفع غرماؤه الامر اليه ثم يطلب اليه أن يبيع ماله لايفاء الدين، فان أبى باع عليه القاضى ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص إذا لم يكن لأحدهم دين ممتاز كدين الرهن ونحوه وحال بينه وبين كل تصرف يضر بالغرماء، كالاقرار بماله لغيره وكبيعه بأقل من قيمته وكتواطئه مع ذى شوكة وبيعه له المال ظاهرا كيلا يمكن نزعه منه، ثم ان كان فى ماله نقود أدى الدين منها وإن لم توجد او وجدت ولم تف عمد الى ما يكون بيعه أهون على المدين فيبيعه كالأشياء التى يخشى عليها التلف أو تكون معدة للبيع والاسترباح كعروض التجارة، فان لم تف بالدين ترقى القاضى فى البيع حتى يبيع العقار أخيراً. ومع ذلك فلا بد أن تترك له حاجاته الضرورية التى لا يستغنى عنها

بحسب ما يليق بحاله ، ومنها مسكنه الضروري ، وكذلك تترك له نفقته ونفقة أولاده الصغار وذوي أرحامه ، لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء

وقال الامام : ليس للقاضي أن يبيع مال انسان بغير رضاه بل يحبس المدين حتى يؤدي الدين بنفسه إما ببيع ماله أو بالاستقراض أو بالاتهاب أو بأي طريق شاء لأن قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعاً لظلمه وإيصالا للحق إلى مستحقه ، ولا يكون ذلك إكراها على البيع لأن المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان

واستدل الصاحبان على ما ذهبا اليه بما روى أن معاذاً رضي الله عنه ركبه دين فباع رسول الله ﷺ ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص وبان في الحجر عليه نظراً لغرمائه كي لا يخرج المال من يده بحيلة ، ليضيع عليهم حقوقهم ، ولأن البيع واجب عليه لايفاء دينه فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما ينوب عمن به عيب في طلاقه إذا امتنع ، والفتوى على قولهما

الثالثة نزع الملك للمنافع العمومية كتوسيع الطرق وإنشاء ترع أو سكك زراعية ينتفع بها الناس انتفاعا عاما ، ولكن لا يؤخذ الملك من يد المالك إلا اذا أدى إليه ثمنه مقدراً بمعرفة من يوثق بعدالته من أهل الخبرة وذلك لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة ولا ينبغي أن يظلم المالك

وقد نقل في حاشية أبي السعود على منلا مسكين عن الزيلعي أنه إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها ، لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة بعض ما حوله من الأراضي بكره وأدخلوها في المسجد ، وهذا من الاكراه الجائز . اهـ

ولا فرق بين الوقف والملك فى العقـــار الذى يؤخذ المنافع العمومية ويكون هذا بالنسبة للوقف استبدالا ضروريا ، ويشترى بمال البدل أرض أخرى تكون وقفا بدل الأرض المنزوع ملكيتها[1]

وإلى هنا انتهى الكتاب الأول وهو المتضمن لتعريف المال ، وأقسامه ، وعلاقة الانسان بالمال ، والملكية ، وأنواعها ، وأسباب الملك ونزعه ، ويليه :

(١) ولتراجع اللائحة الموضوعة لنزع الملك للمنافع العامة ، ففيها كل ما يتعلق بهذا الموضوع من الأحكام والاجراءات

الكتاب الثانى

فى العقود

من حيث احكامها العامة

معنى العقد

إذا قال زيد لبكر : بعت لك أرضى الفلانية بمبلغ ألف جنيه ، فقال له بكر قبلت ، فانه يحصل من مجموع كلامهما التزام من الأول بتمليك أرضه للثانى فى مقابلة أخذه من الثانى ألف جنيه ، والتزام من الثانى بان يؤدى إلى الأول ألف جنيه فى مقابلة تملكه تلك الأرض ، وربط الالتزامين أحدهما بالآخر يسمى عقدا ، والتزام الأول يسمى إيجابا لأن صاحبه أوجب على نفسه للثانى تنازله له عن تلك الأرض ، وتمليكه إياها بما عرضه عليه من الثمن ، والالتزام الثانى يسمى قبولا ، لأن صاحبه رضى بما قاله الاول ، وأعلن قبوله ، فالعقد إذا هو ربط الايجاب بالقبول والربط وصف قائم بكل من العاقدين ، زيد ، وبكر ، وأثره الارتباط بين الايجاب والقبول ، ويسمى هذا الارتباط انعقادا ، كما يسمى ذلك الربط عقدا . وبهذا يفهم معنى العقد ، ومتى تم العقد صحيحا مستوفيا كل شروطه فانه يترتب عليه شرعا حكمه أى أثره ، وهو انتقال ملكية الأرض من زيد الموجب ، إلى بكر القابل ، ويسمى زيد بائعا ، وبكر مشتريا ويجب على كل منهما الوفاء بما التزم به للآخر ، فاذا أبى أو راوغ الزمه القاضى بذلك ، أو قام مقامه فى التنفيذ جبرا عنه ، وهكذا الشأن فى جميع العقود التى ستعرفها بالتفصيل فيما يأتى

ولكل عقد صيغة من قول أو ما يقوم مقامه تبين عن غرض العاقد . وعاقدان كل واحد منهما أهل له ، ومحل أي شيء هو موضوع التعاقد ، وفائدة معتبرة شرعا ، وقصد صحيح . وللعقد نفسه أحكام متعددة سنذكرها بالاجمال مقتصرين على القواعد والأحكام العامة التي تتناول كل العقود ، ثم نذكر ما يتعلق بكل عقد بخصوصه في موضعه

العاقد

هو الذي يباشر الايجاب ، أو القبول في العقد ، سواء أكان ذلك عن نفسه أم نيابة عن غيره . ويشترط فيه التمييز بالنسبة لجميع العقود من أولها إلى آخرها ، بدون أي استثناء ، فمن كان غير مميز فهو ليس أهلا لمباشرة أي عقد ، فاذا خالف فأوجب ، او قبل ـ وهو غير مميز ـ كان العقد باطلا بالكلية لا يترتب عليه أي أثر .

وعدم التمييز إما لصغر ، أو جنون أو عته ، والصغر الذي لا يكون معه تمييز هو عادة ما كان دون سبع سنين ، والمجنون هو من كان عقله زائلا ، بسبب مرض اعتراه فأثر في إدراكه ، وقد يستوعب الجنون كل اوقاته ، وهذا هو المسمى بالجنون المطبق ، وقد يجن تارة ، ويفيق أخرى ، وهذا هو الجنون المتقطع . والعته نقصان في العقل خلقة يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام سيء التدبير . وقد يكون مع العته شيء من التمييز ، وقد لا يكون تمييز أصلا ، فالأول يجعل المعتوه في درجة الصبي المميز ، والثاني يجعله في درجة الصبي غير المميز . وقد يصيب العته الانسان بسبب كبر في السن ، أو مرض ، أو حادث فجائي ، ونحو ذلك . والعلامة المميزة للمعتوه أنه يكون دائماً هادئاً ساكناً ، بخلاف المجنون فانه يكون في الغالب مضطرباً ، قليلا أو كثيرا

فكل من الصغير ، والمعتوه ، غير المميزين ، والمجنون - حال جنونه - عقودهم باطلة بطلانا كلياً ، لا يترتب عليها أى التزام ، وذلك لعدم صحة عبارة كل منهم شرعاً ، وإن كان ثمة مؤاخذات ، أو إلزامات لأحد هؤلاء فهى من ناحية أخرى ، غير العقود . والذى ينوب عن هؤلاء فى عقودهم هم أولياؤهم الشرعيون ، وذلك لعدم أهلية [1] هؤلاء أصلا لأى عقد كان وأما المجنون جنونا متقطعاً فنى حال إقامته يعطى ما يناسبه من الأحكام على ما يؤخذ مما يأتى .

أما اذا كان العاقد مميزا ، فهو إما ان يكون بالغاً رشيدا ، أو بالغا غير رشيد ، أو صبياً . اما البالغ الرشيد فعقوده كلها صحيحة ، سواء باشرها لنفسه ، أم باشرها بالنيابة عن غيره . وأما الباقون فبعض العقود قد تصح منهم : وبعضها لا يصح أصلا ، بل يحكم عليه بالبطلان الكلى ، وهاك بيان ذلك بالايجاز

(الصبي المميز)

تنقسم عقوده الى ثلاثة أقسام :

الأول : أن تكون نافعة له نفعاً محضاً ، كقبول الهبة ، والصدقة ، والوصية . وهذه تجوز منه مطلقا بدون توقف على إجازة أو إذن [2] من الولى أ الوصى ، وذلك لما فيها من النفع بدون ضرر ، ولما فيه من التمييز فهو غير فاقد للأهلية كالصغير غير المميز ، بل هو ناقصها فقط ، فبذلك

---

(١) أهلية الانسان للشيء هى صلاحيته لصدور ذلك الشيء عنه ، وطلبه منه

(٢) الفرق بين الاذن والاجازة ، أن الاذن هو الترخيص فى الفعل قبل وقوعه والاجازة هى الترخيص فى الفعل بعد وقوعه ، وحكم الاجازة اللاحقة للفعل ، كحكم الاذن السابق عليه

صحت تصرفاته التى فيها نفع له بدون ضرر

الثانى : أن تكون مضرة ضررا محضا كاعطاء الهبة ، وكالاقراض ، وهذه لا تجوز أصلا ، ولو أجازها الولى ، أو الوصى ، لما فيها من الضرر المالى المحقق ، أو المتوقع .

الثالث : ان تكون دائرة بين النفع والضرر - أى يجوز فيها الربح ويجوز فيها الخسارة - وذلك كالبيع والشراء ، والشركة ، وهذه تنعقد موقوفة على إجازة الولى ، أو الوصى ، فان أجازها أحدهما إجازة معتبرة نفذت وإلا بطلت . فتبطل فى حالتين: (أولاهما) ان يمتنع الولى، أو الوصى من الاجازة (الثانية) ان يجيزها أحدهما إجازة غير معتبرة ، كان يكون فى العقد غبن فاحش بالنسبة للصغير ، يضر بماله ، بدون فائدة

(المعتوه المميز)

حكمه كحكم الصبى المميز — على التفصيل المتقدم تماما — سواء أكان المعتوه كبيراً بالغاً ، أم كان دون البلوغ ، لكنه مميز

(السفيه) وهو البالغ العاقل ، الذى فسد رأيه ، وساء تدبيره لغلبة الهوى عليه ، فهو تام الأهلية بدليل أنه مكلف بكل التكاليف الشرعية من صلاة وصوم وغيرهما ، ومؤاخذ بجناياته كلها ، فاذا قتل عمداً يقتل قصاصاً ،وهذا بخلاف كل من المجنون والمعتوه والصغير سواء أكان كل من الصغير والمعتوه مميزاً أم لا فهؤلاء غير مكلفين شرعا ، ولا يعاقبون عقوبة بدنية أصلا ، وإنما تكون عقوبة أحدهم عقوبة ماليةفقط ، والسفيه يحجر عليه لمصلحته ومنع ضرره عن غيره ، إذ هو بتبذيره ماله ، وتضييعه على خلاف مقتضى العقل والشرع ، فيما لامصلحة له فيه ، ولا غرض صحيح قد يفنى ماله ، ويعيش عالة على غيره ، أو مفسداً فى الأرض ، فكان من الحكمة الضرب على يده

وتبرعات السفيه كلها باطلة غير أنه لو أوصى بثلث ماله فى سبيل الخير جازت وصيته ، وذلك لأن تنفيذ الوصية إنما يكون بعد موته فلا ضير عليه فى ذلك بل ثواب وصيته عائد عليه ، لأن المفروض أنها فى سبيل الخير . وكذلك لو وقف شيئاً من ماله حال حياته على نفسه ثم من بعده على أولاده ، أو على جهة خيرية ، فان هذا ينبغى أن يصح لعدم الضرر فيه بأحد . واما عقوده المالية الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والاجارة ، فهى موقوفة على اجازة القاضى الذى هو وليه ، وزواجه وطلاقه نافذان ، وذلك لتمام أهليته ، غير ان المهر لا يجوز ان يزيد على مهر المثل

وسنرى أحكام السفيه ، وافية عند الكلام عليه فى الأحوال الشخصية ، وكذا وقفه عند الكلام فى الوقف

(التعاقد بالاصالة وبالنيابة)

العاقد قد يباشر العقد لنفسه ، وهذا هو الأصل ، وقد يباشره نيابة عن غيره ، فاذا باشر العقد لنفسه اشترطت فيه أهلية العقد ، على البيان الذى قدمناه ، فان تحققت فيه الاهلية كان عقده صحيحا ، وإلا فلا

والذى يباشر العقد بطريق النيابة عن غيره ، إما أن يكون مصدر تلك النيابة هو المالك ، أو الشارع . ففى الحالة الأولى يكون النائب وكيلا عن الأصيل ، وسنذكر أحكامه عند الكلام فى الوكالة . وفى الحالة الثانية يكون النائب اما وليا وهو الأب ، أو الجد ، أو القاضى ، واما وصيا يختاره الأب أو القاضى — المجلس الحسبى الآن — وسيأتى الكلام فى ذلك وافياً فى الأحوال الشخصية ؛ وقد يكون النائب لاصفة له أصلا وقت مباشرة العقد ، لكنه ينقلب وكيلا بالاجازة ، ويسمى هذا النائب فضوليا وسنتكلم عليه عند الكلام فى البيع ، وقد ينوب القاضى مناب المالك فى ايصال الحقوق الى

أربابها منعاً لظلمه وتعنته ، فيبيع ماله جبراً عنه لايفاء ماعليـــه من الديون لغيره

(الاكتفاء بعاقد واحد) فى بعض الأحوال يكتفى فى العقد بعاقد واحد كما فى بيع الأب ماله لولده الذى هو فى ولايتـه وشرائه مال ولده لنفسـه ، وكذلك توليه عقد الهبة ، والزواج ، على ماهو موضح فى مواضعه

(تتمـــة)

الاذن للصبى المميز بالتجاره

يصح الاذن للصبى المم بالتجارة — ومثـله فى ذلك المعتوه المميز — تدريبا له ، وكل ماجاز له أن يباشره بنفسه ، يجوز له أن يوكل عنـه غـيره فيه ، ممن يكون أهلاللتوكل . فيصح من الصبى المميز المأذون له — والمعتوه المأذون لهأيضاً — كل تصرف يراد بهالاتجاروتحصيل المـال كالبيع والشراء الاجارة والاستئجار والمزارعة والمساقاة والرهن والارتهان والمحاباةوالحط من الثمن بسبب عيب فىالمبيع بقدر مايحط التجار ، وتأجيل الدين ؛ والصلح عن دين له فيسقط جزءا ، منه ويأخذالباقى إن لم يكن له بينة . ويجوزاقراره بدين من ديون التجارة ، وبالوديعة والعارية ، ولا يجوز له الاقراض ، ولا اعطاءالهبة إلامايتسامح فيهعادة ، ولاالكفالةعن غيره ، لأن هذه كلها تبرعات والتبرعات لاتصح إلا من تام الأهلية غير المحجور عليه

(خـــلاصة) يتلخص مما تقدم أن جميع العقود لاتصح من المجنون جنونا مطبقا ، ولا من المجنون جنونا منقطعا حال جنونه ، ولا من الصبي والمعتوه غير المميزين وأن جميع العقود النافعة نفعا محضا والدائرة بين النفع والضرر تصح كلها من ناقص الاهليـة ، وهو الصبى والمعتوه المميزان والملحق بهما كالسفيه . ولـكن العقد فى الحالة الأولى يكون نافذاً غير متوقف على إجازة

أحد ، لأنه نفع محض ، وفى الحالة الثانية يتوقف على الاجازة ، إن كان قد حصل بدون إذن من الولى أو الوصى . وولى كل من الصغير والمعتوه والمجنون أبوه ثم الوصى الذى يختاره الأب ، ثم الجد أبو الأب ثم الوصى الذى يختاره الجد ، ثم القاضى ووصيه

وأما التبرعات (١) كالهبة والوصية والصدقة والوقف والكفالة والحوالة

---

(١) تنقسم العقود إلى عدة مجموعات ، تنتظم كل مجموعة منها وحدة ذاتية تجعلها نوعا على حدة وهى :

(ا) المعاوضات : ويندرج فيها جميع أنواع المبادلات سواء أكانت مالا بمال كالبيع ، أم مالا بمنفعة كالاجارة ، أم مالا بغير مال ولا منفعة كالزواج والخلع فالمهر ليس ركنا فى عقد الزواج بل هو من أحكامه ، وبدل الخلع لأجل أن تملك أن الزوجة عصمتها ، وتخلص من قيد الزوجية .

(ب) التبرعات كالهبة والوصية والاعارة والابراء من الدين والمحاباة فى البيع والشراء ، والكفالة والحوالة فى بعض صورها

(ج) مايكون تبرعا ابتداء ، ومعاوضة انتهاء كالاقراض والكفالة بأمر المكفول عنه ، والحوالة فى بعض صورها

(د) الاسقاطات كالوقف والطلاق والعتاق والابراء من الدين وتسليم الشفعة بعد ثبوتها

(ه) الاطلاقات كالامارة والقضاء والوكالة والمضاربة والطلاق والعتاق والايصاء والاذن للصبى بالتجارة

(و) التقييدات كعزل الوكيل والحجر على الصبى

(تنبيهان) :

(الأول) استعمل العقد هنا بمعنى إنشاء التصرف المبنى على تصميم وعزم أكيد سواء استبد به واحد ، أم اشترك فيه أكثر من واحد

والاقراض ونحوها ، فانه يشترط لصحتها ونفاذها العقل والبلوغ والحرية وعدم الحجر لسفه أو دين أو غفلة ، ويستثنى من ذلك وصية السفيه وكذا وقفه على ما تقدم

وعقود المعاوضات لا تنفذ إلا اذا كان المتصرف فى العين المعقود عليها مالكا لها ، أو نائبا عن مالكها نيابة شرعية بوكالة أو ولاية أو وصاية ، وإلا كان فضوليا تتوقف تصرفاته على اجازة ذى الشأن ، وذو الشأن هو المالك ، ويشترط لصحة اجازته أن يكون أهلا لمباشرة التصرف الذى أجازه للفضولى ، فان لم يكن أهلا لذلك ، فذو الشأن فى هذه الحالة هو وليه أو وصيه . كذلك يشترط لنفاذ التصرف ألا يتعلق بالعين المتصرف فيها حق للغير ، فاذا بيعت دار (مثلا) وكانت وقت البيع مرهونة ، أو مستأجرة فان البيع يكون موقوفا على اجازة المرتهن (الدائن) أو المستأجر فى حالة الاجارة

ومعنى كون العقد موقوفا أنه لا يترتب عليه حكمه فى الحال ، بل يتوقف فاذا اجيز العقد اجازة معتبرة نفذ ، أى ترتب عليه أثره ، ويكون لهذه الاجازة أثر رجعى ، فيعتبر النفاذ من وقت العقد ، بسبب أجازته ، وإذا لم يجز اجازة معتبرة بطل . ومتى نفذ العقد فلا يحكم بلزومه حتى يخلو من الخيارات على ما سيأتى قريبا

وهنا مسائل أخرى ، أرى من الفائدة توجيه النظر اليها :

(١) كل ما جاز للولى أو الوصى اجازته من العقود ، جاز للصبى المميز اجازته أيضا بعد بلوغه ، إن بقى موقوفا ، وما لا يجوز لأحدهما أجازته فلا يجوز للصبى اجازته بعد البلوغ ، فالاول مثل البيع ، والثانى مثل الهبة

(الثانى) بعض العقود قد يكون له أكثر من اعتبار واحد كالوقف والابراء يعتبر كل منهما تبرعا أو اسقاطا ، وكالطلاق والعتاق يعتبر كل منهما اسقاطا ، أو اطلاقا

(٢) العقود الدائرة بين النفع والضرر، منظور اليها من حيث نوعها، لا من حيث أفرادها، فان من أفرادها ما يكون نافعا نفعا بينا للصغير أو المعتوه المميزين، ومنها ما يكون ضرره بهما ظاهرا، من حيث الربح فى الأول، والخسارة فى الثانى، فلا يقال ينبغى أن ينفذ البيع فى الصورة الأولى بدون توقف على الاجازة، كما لا ينفذ فى الصورة الثانية، ولو أجازه أحدهما — لا يقال هذا، لأن العبرة فى البيع وأشباهه من المعاوضات، انما هو لاصل وضعه، دون ما يعرض له باتفاق الحال، والبيع فى أصل وضعه — من حيث هو بيع — متردد بين الربح والخسارة، وهذا بخلاف الهبة وغيرها من التبرعات، فانها بحسب أصل وضعها، وحقيقتها اتلاف مالى بدون عوض يسد مسده، ولا عبرة بالاعراض الأدبية، فى أحكام المعاملات المالية

(٣) اذا كان للصغير، أو المعتوه المميزين أب أو جد أبو أب، فرأى القاضى أن يأذن للصبى أو المعتوه فى التجارة، فاذن له، وأبى أبوه أو وصيه أو جده فاذن القاضى جائز — وإن كانت ولاية القاضى مؤخرة عن ولاية الأب والوصى والجد وهذا استثناء من القاعدة العامة — وهى « الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة » والسبب فى هذا أن القاضى له حق النظر فيما هو الأصلح، وله نظائر تعلم من تتبع الكتب الفقهية

وكل تصرف صح فيه الاذن صحت فيه الاجازة. وعلى ذلك اذا باع الصغير أو المعتوه المميزان المحجور عليهما بيعا فيه نفع ظاهر لهما، وأبى الولى أو الوصى اجازة هذا البيع فالاجازة تكون من القاضى، وذلك لما للقاضى من ولاية رفع الظلم، ونظير هذا مسألة العضل فى الزواج

محل العقد وفائدته وقصد شرعيته

محل العقد هو المعقود عليه ، ويجب أن يكون قابلا لحكم العقد . ويصح أن يكون مالا أو منفعة أو عملا ، ويلزم لصحة عقود المعاوضات المالية ، أن يكون كل من البدلين معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة ، كأن يقول شخص لآخر بعتك دابة بمقدار من النقود ، وما اشبه ذلك وتعيين المعقود عليه يكون بالاشارة اليه إذا كان حاضرا : كقولك بعت لك هذه الفرس بعشرين جنيها مصريا (مثلا) أو بالاشارة إلى مكانه الخاص ، إن كان موجودا فيه وقت العقد كقولك بعتك ما فى هذا الاناء من العسل بعشرة قروش صاغ مصرية ، وقد يكون التعيين ببيان وصف المعقود عليه مع بيان مقداره وزنا أو كيلا أو عدا أو مساحة ، أو بأى بيان تنتفى به الجهالة العظيمة ، فاذا بقى بعدذلك شىء من الجهالة ، فانها تزول برؤية المشترى إياه ، اذ بالرؤية تنتفى الجهالة بالكلية

ولا يصح أن يكون الشىء المعدوم محلا لعقد المعاوضة إلا فى السلم [1] وستأتى أحكامه فى موضعها

ويلزم أن يكون فى العقد فائدة للمتعاقدين ، والا كان عبثاً ولعباً ، وأن يكون الانتفاع بالعين المعقود عليها مقصودا شرعا وفى نظر العقلاء ، وإلا كان العقد فاسدا ، ولا عبرة بقصد العاقد الذى لا يقره عليه الشرع ولا

---

(١) اذا أعطيت شخصا نقوداً معلومة المقدار (مثلا) وقلت له إنى اشترى منك مقدار كذا قنطارا من القطن الفلانى ، أو مقدار كذا من القمح الفلانى ونحو ذلك على أن تسلمنى ما وقع عليه التعاقد بيننا فى شهر سبتمبر القادم (مثلا) ورضى بذلك . فان هذا العقد يسمى (عقد السلم) ويقال له السلف ، أيضا ، وسيأتى الكلام فيه مفصلا فى (كتاب البيع)

تستحسنه العقول السليمة الراجحة ، فمن استاجر دابة ليجنبها ، أى يقودها الى جنبه لا لتركب ، بل ليباهى بذلك ، ويتظاهر بالغنى ، فاجارته فاسدة . وكذلك من استأجر نقودا ، أو أوانى ، أو ثياباً ليجمل بها حانوته (دكانه) فى بعض الحالات الخاصة — كما يرى فى بعض الموالد عندنا — وكذا من استأجر داراً لا ليسكنها ، بل ليعطلها ، ونحو ذلك فالاجارة فى كل هذه الصور فاسدة ، لأن ما قصدت لأجله يمنعه الشرع ، ولا يقره عليه العقل لاحتوائه على العبث ، وخلوه من الفائده الصحيحة

ولا تجب الأجرة على المستأجر فى شىء مما ذكر ، ولوكان قد استعمله فيما قصده لأجله ، لأن قصده غير معتبر شرعا (١)

ومن أمثلة ما ليس فيه فائدة للعاقدين بيع نسخة من كتاب بمثالها لا فرق بينهما فى شىء أصلا ، وبيع قطعة بخمسة قروش مصرية بقطعة بخمسة قروش مصرية مثلها ، ومقايضة أحد الشريكين حصته المشاعة بحصة الآخر المشاعة المساوية لها فى دار واحدة مع بقاء الشيوع وعدم القسمة ؛ ومن ذلك ما اذا أحيل الصبي المميز الدائن على شخص ليس أملأ ـ أى أغنى ـ من المحيل المدين فان الحوالة لا تصح لعدم الفائدة

عيوب العقد المؤثرة فيه

يشترط لصحة العقد الرضا ، فاذا خلا من الرضا ، أو وجد فى الرضا خلل ، فالعقد غير صحيح . والأشياء المفوتة للرضا ، او المحدثة خللا فيه ، هى

---

(١) فان قيل ان الأجرة تجب فى الاجارة الفاسدة ، اذا انتفع المستأجر بالعين المستأجرة ، وهنا قد انتفع المستأجر فعلا فكيف لا يجب عليه الأجرة ؟ أجيب عن هذا بأن محل وجوب الأجرة فى الاجارة الفاسدة عند الانتفاع هو اذا كان النفع جائزا ومقصودا شرعا

الاكراه ، والغلط ، والتدليس . والغبن مع التغرير . وهاك جملة القول فيها :

الاكراه

هو إجبار شخص على أن يعمل عملا بدون حق . وهو نوعان : «ملجىء» و «غير ملجىء» فالاكراه الملجىء هو ما يكون التهديد فيه باتلاف نفس ، أو عضو ، أو إتلاف كل المال . وغير الملجىء هو ما كان بغير ذلك مما يستطيع الانسان الصبر عليه عادة مع احتمال المشقة وليس له مقياس ثابت ، إذ هو يختلف باختلاف الأشخاص ، بل باختلاف حالات الشخص الواحد ، من صحة ، ومرض ، وقوة وضعف ، وغير ذلك ، ويختلف باختلاف الظروف المحيطة بالحادثة التي وقعت تحت تأثير الاكراه فالواجب هو النظر في كل حادثة نظراً خاصاً ليعرف الى أي حد كان تأثير الاكراه فيها

والاكراه الملجىء يفسد الاختيار ، ويعدم الرضا . وغير الملجىء يعدم الرضا فقط

والرضا هو ارتياح الانسان للفعل الذي يفعله لرغبة له فيه ، والاختيار هو ترجيح فعل الشيء على عدم فعله ، فان كان مبنيا على رغبة صحيحة ، واستقلال في الرأي ، كان اختيارا صحيحا ، وان كان قد حصل تحت تأثير من الخارج ، وبدون استقلال في الرأي ، وإنما فعله ارتكابا لأهون الشرين فهو اختيار فاسد

فاذا رغب إنسان في بيع داره ، لغرض ما ، وترجح عنده بيعها ، ثم باعها مستقلا برأيه وهو عاقل راشد ، فهذا البيع مبنى على رغبة صحيحة ورضا تام واختيار صحيح (أي حر) ، وإذا كان لانسان أرض زراعية وهو مسرور بكونه مالكا لها ، فقال له شخص آخر بعنى أرضك وإلا قتلتك ، أو فقأت عينك ، فاختار أهون الشرين وباعها ، فهذا البيع لم يصدر عن رغبة ولا رضاء

ولا اختيار صحيح ، وإذا قال لك قائل : هب لى ساعتك هذه ، وإلا كسرتها فوهبتها له تحت تأثير الاكراه فقد فعلت فعلا بدون رغبة فيه ولا رضا به ، ولكن اختيارك صحيح ، لأنه إنما أدخل عليك غما بتهديده ، ولو نفذ ما توعدك به ، لكان الضرر جزئيا وذلك باتلاف بعض مالك

شروط تحقق الاكراه

يشترط ان يكون المكره قادراً على فعل ما هدد به ، وأن يغلب على ظن المكرَه تنفيذ المكرِه لما هدده به ، اخذا من ظاهر حاله ، والظروف التى هو فيها ؛ ويشترط ايضا ان يفعل المكرَه الفعل الذى اكرِه عليه بحضرة المكرِه فان فعله فى غيبته ، ولم يغلب على ظنه عوده ، اعتبر راضيا مختارا بما فعله

حكم الاكراه على العقود

العقود كلها تفسد بالاكراه فيفسد به كل من البيع والشراء والايجار والاستئجار والهبة والصلح وتأجيل الدين وإسقاط الشفعة والكفالة والحوالة والوقف ، وكذا الاقرار ، وإبراء الدائن مدينه ، وإبراء الكفيل بنفس أو مال ، والوصية وسائر العقود [١]

وبناء على كون هذه العقود فاسدة ، يملك المشترى المبيع إذا قبضه ، كما يملكه فى البيع الفاسد بدون إكراه ، ثم يكون المكره بالخيار بعد زوال الاكراه عنه ، فان شاء فسخ العقد ؛ وإن شاء أمضاه ، وبالامضاء يزول الفساد . ولا ينقطع حق المكره فى الفسخ ، وإن كان المشترى قد تصرف فى المبيع وتداولته الأيدى

(١) فى هذا المقام كلام بالنسبة لبعض العقود كالزواج والطلاق والعتاق ، وقد استوفينا القول فيه بما لا مزيد عليه فى مقالتنا « الأهلية وعوارضها » وفيها كل ما يتعلق بالاكراه مستوفى استيفاء تاما ، فليراجعه من أراد

وقال زفر : إن العقود التي تقع تحت تأثير الاكراه ، تكون موقوفة لعدم الرضا ، فلا تبتني عليها آثارها إلا إذا أجازها المكره بعد زوال الاكراه . وهذا الرأي في نظرنا أحسن من الأول لقوة دليله

الغلط

هو عدم معرفة وجه الصواب . وهو إما أن يكون في نفس محل العقد ، أي في ذات وجوهر المعقود عليه ، وإما أن يكون في وصفه

فان كان الغلط في ذات محل العقد كان العقد باطلا ، وذلك لفوات محل العقد ، فيكون العقد قد ورد على لاشيء ، أي على عدم ، والعقد على المعدوم باطل كما قدمنا . مثال ذلك أن تقول لشخص : بعتك هذا الخاتم من الماس بكذا ، فقبل ثم ظهر أن الخاتم من الزجاج

وإذا كان الغلط في الوصف فقط صح العقد ، ولكن يكون للمشتري الحق في فسخه بسبب فوات الوصف المرغوب فيه . مثال ذلك أن تقول لآخر بعتك هذا الفص من الياقوت الأحمر بكذا ، فيقبل منك ، وكان العقد ليلا فلما جاء الصباح تبين أنه أصفر ، ففي هذه الحالة يكون العقد صحيحا ، ويخير المشتري بين أخذ ذلك الفص الاصفر بكل الثمن المسمى في العقد ، وبين فسخ العقد وذلك لفوات الوصف المرغوب فيه

والقاعدة في ذلك أنه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية في عقد ، وكان المعقود عليه حاضرا ، ثم حصل غلط فتبين أن المشار اليه لاتنطبق عليه التسمية فاذا اختلف الجنس اعتبرت التسمية فيكون المعقود عليه هو المسمى وتلغى الاشارة ، وذلك كما في المثال الأول ، فيعتبر المعقود عليه هو خاتم ماس ومن حيث أنه غير موجود فالبيع باطل ، أما إذا اتحد الجنس فيكون المعقود عليه ، هو المشار اليه ويلغى الوصف ، وإذاً يكون العقد صحيحا ، كما في المثال

الثانى ، لكن يثبت للمشترى الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه

ومن أمثلة ذلك ما اذا باع فرسا على أنها من نسل الفرس الفلانية ، فتبين أنها ليست من نسلها ، فانه يكون للمشترى الخيار فى الفسخ ، وذلك لفوات الوصف المرغوب فيه . وهكذا

أقول — وعلى هذا إذا أردت أن يكتب لك شخص معروف بجودة الخط مصحفا ، فاتفقت مع انسان ظننته ذلك الشخص المعروف فاذا به ليس إياه فالظاهر أن لك خيار الفسخ لفوات الوصف المرغوب فيه قياسا على المسألة المذكورة قبل هذه . وكذا لو أردت أن ترسم لنفسك صورة زيتية عند فلان الشهير باتقان هذه الصنعة وهكذا ، وبالجملة فكما يكون الغلط فى المحل أو فى وصفه كذلك يكون فى العاقد فيما يتفاوت فيه الأشخاص من الاعمال ، فاذا فات جنس موضوع العقد كان العقد باطلا ، واذا فات الوصف المرغوب فيه فقط كان لمن من مصلحته هذا الوصف خيار الفسخ ، لأن الوصف المرغوب فيه يستحق بالشرط ، والذى يتعاقد معه على عمل لمعنى فى عمله لا يوجد فى عمل غيره ، يكون عمله بمنزلة الوصف المرغوب فيه

التدليس

هو اخفاء العيب ، واظهار المعقود عليه بصورة غير ما هو عليه فى الواقع ، كالذى يبيع بقرة لأجل لبنها فيمتنع من حلبها مدة حتى يتجمع اللبن فى ضرعها ، ثم يعرضها للبيع موهما المشترى أنها حافلة باللبن فتظهر حقيقة أمرها للمشترى بعد أن يأخذها ، وهكذا من أنواع التدليس التى لا تحصى ، وللمدلس عليه أن يفسخ العقد بسبب ما يجده من العيب فى المبيع وغيره . أما المبالغة فى القول فى ترغيب الناس فى السلع بقصد أن يقبلوا على الشراء مما جرت به العادة فى الأسواق وفى الاعلانات

المتنوعة التى تنشر ترغيبا للناس ، فليس شيء من ذلك تدليسا يعطى المدلس عليه الحق فى فسخ العقد ، لأن العادة جرت بذلك ، والامر فيها ظاهر لا خفاء فيه

وسيأتى الكلام على خيار العيب فى موضعه

(الغبن والتغرير)

الغبن هو النقص ؛ وقد يكون قليلا ، ويسمى بالغبن اليسير ؛ أو كثيرا ، ويسمى بالغبن الفاحش . والحد الفاصل بينهما هو أن ما يدخل تحت تقويم المقومين - أى تقدير المقدرين للقيمة - فهو اليسير ، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، فهو الفاحش ، فلو بيعت دار بألف جنيه مصرى (مثلا) وقومها بعض أهل الخبرة بألف ومائة ؛ وبعضهم بتسعمائة وبعضهم بألف ، وبعضهم بألف وخمسين ، وبعضهم بتسعمائة وخمسين ، كان الغبن فيها يسيرا . أما إذا قوموها جميعا بأقل من الف ؛ بحيث لم يصعد واحد منهم بالقيمة الى الألف ، كان فى البيع غبن فاحش بالنسبة للمشترى . وإذا قوموها جميعا بأكثر من ألف ؛ بحيث لم يهبط واحد منهم الى الألف كان فى البيع غبن فاحش بالنسبة للبائع . وثم رأى آخر وهو : أن الغبن الفاحش فى العقار ما زاد على ٢٠ ٪ وفى الحيوانات ما زاد على ١٠ ٪ وفى عروض التجارة ما زاد على ٥ ٪ وفيما له أثمان محددة فى الأسواق ما خالف تلك الأثمان ، بأية زيادة . أو أى نقص . والاساس الذى بنى عليه هذا هو ظهور القيمة ووضوحها بينا فى بعض المبيعات ؛ وخفاؤها إلا على أهل الخبرة العارفين فى بعضها كالعقارات ، وترددها بين الخفاء والظهور ، وقد تكون إلى الخفاء أقرب كما فى الحيوان أو إلى الظهور أقرب كما فى عروض التجارة التى ليس لها أثمان محددة .

فللاحتياط جعلوا للغبن الفاحش هذه الحدود في الاشياء المذكورة بناء على تلك الملاحظات

والغبن بنوعيه لا يغتفر ؛ ولا يتسامح فى شيء منه بالنسبة لدائنى التركات فاذا باع المدين وهو مريض مرض الموت شيئا من ماله باقل من قيمته ؛ ثم مات وتركته مستغرقة بالدين . فللدائنين فى هذه الحالة أن يطلبوا من المشترى تكميل الثمن حتى يبلغ مقدار القيمة الحقيقية للمبيع وقت البيع ؛ فاذا أبى كان لهم الحق فى فسخ البيع ؛ ويرد الثمن الذى دفعه المشترى اليه وينزع منه المبيع ؛ وثم مواضع لا يغتفر فيها الغبن اليسير ، ولا يتسع المقام لها هنا

والغبن الفاحش لايغتفر فى مال اليتيم ، ولا فى مال الوقف ، ولا فى مال بيت المال . وهذا بالاجماع سواء صاحب الغبن تغرير - أى خداع وغش - أم لم يصاحبه

وأما بالنسبة لغير هؤلاء المذكورين فى المسألة ثلاثة آراء :

الأول — أن الغبن الفاحش مطلقاً ، يجعل للمغبون حق الفسخ لأنه مظلوم

الثانى — أنه ليس للمغبون مطلقا حق فى الفسخ ، لأنه مقصر

الثالث — وهو الرأى الذى عليه المعول : أن الغبن اذا صاحبه تغرير من العاقد الآخر ، أو من الدلال أو السمسار كان للمغبون الذى غر وخدع حق الفسخ ، وهذا بالاتفاق عند أصحاب هذا الرأى ، وذلك لأن لكل من البائع والدلال والسمسار مصلحة فى ترويج السلع المعروضة للبيع . أما اذا كان المغرى شخصاً أجنبيا أى غير المذكورين ، فقيل لا حق للمغبون فى الفسخ : لان الأجنبي لا شأن له فى البيع ، وقيل له حق الفسخ : لاحتمال أن الأجنبي موعز اليه بذلك فى مقابلة

جعل ياخذه من البائع أو لغرض آخر

وهذا أشبه شيء ببيع النجش ، وصورته أن يتقدم شخص فيزيد فى ثمن العين المعروضة للبيع لأجل أن يغرى شخصا آخر بشرائها ، فان اشتراها ذلك الشخص الآخر ، وكان فى الشراء غبن فاحش بالنسبة له ، فله حق الفسخ على أحد الرأيين ، وان لم يكن فى الشراء غبن به فلا حق له فى الفسخ ، اذ يعتبر ماصنعه ذلك الشخص من باب تحسين السلع ، وترويج البضائع المعروضة للبيع

ومما يناسب ذكره هنا « بيع المضطر وشراؤه »

وصورة شراء المضطر هى أن يضطر شخص الى طعام أو شراب أو لباس أو غير ذلك مما يكون فى حاجة اليه ، ولا يرضى البائع أن يبيع له إلا بأكثر من قيمة الشيء الحقيقية ، أو ثمنه المعروف ، بغبن فاحش ، فتضطره الحاجة الى الاخذ بما يقوله البائع . وحكم البيع فى هذه الحالة انه بيع فاسد ، فاذا قبض المشترى المبيع فلا يجب عليه للبائع إلا قيمته فقط

وصورة بيع المضطر هو ان يحتاج شخص الى نقود فيضطر الى بيع شيء من ماله ، والمشترى لا يرضى ان يأخذه إلا بغبن فاحش . فاذا أخذه المشترى ووجد مايمنع الرد وجبت عليه قيمته للبائع ، كما هو حكم البيع الفاسد والاضطرار كالاكراه فى المغنى

انواع العقد واحكامه

يتنوع العقد الى صحيح وباطل وفاسد ، وينقسم العقد الصحيح الى موقوف ونافذ . وينقسم النافذ الى لازم وغير لازم

العقد الباطل

هو ماوجد خلل فى ركنه ، أو كان محل العقد غير قابل لحكمه . والخلل

فى الركن يكون بعدم أهلية العاقدين ، او احدهما لمباشرة العقد ، على ما بيناه فيما مضى ، كأن يكون أحدهما او كلاهما مجنونا أو صبيا أو معتوها غير مميزين فى جميع العقود ، أو يكون ملتزم الاعطاء فى عقود التبرعات ، والمسقط لحقه فى الاسقاطات التى موضوعها المال غير مميز اصلا ، أو مميزا غير بالغ ، أو بالغا حرا لكنه محجور عليه لسفه أو لغفلة او لدين ، او لخلل فى اهليته ، وعدم صلاحية المحل لحكم العقد شرعاً كبيع انسان حر ، أو مسجد تقام فيه الصلاة ، أو ما اعد للمنافع العامة حال كونه كذلك ، او كان المبيع مالا غير متقوم شرعا فى حق البائع كالخمر والخنزير والميتة والدم

والعقد الباطل لا تترتب عليه آثاره أصلا ، لأنه لا ينعقد على أى حال كان أما بالنسبة للركن فلصدور العقد من غير أهله ، وأما المحل فلعدم قابلية المحل للحكم شرعا

لكن اختلف فيما لو كان البيع باطلا وقد قبض المشترى المبيع باذن البائع فقيل إن المبيع يكون أمانة فى يد المشترى ، فلا يجب عليه ضمانه بالهلاك ، وذلك لأن العقد لما بطل بقى مجرد القبض باذن المالك ، وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدى ، وقيل إن هذا قول أبى حنيفة . وقيل المبيع مضمون على من قبضه لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء — وذلك كأن يقول شخص لآخر خذ هذه الساعة فاذا أعجبتك فثمنها كذا فاذا رضيت الثمن فانى أبيعها لك به ، فيأخذها ويذهب بها على أنها إذا أعجبته اشتراها لنفسه ، فاذا هلكت عنده قبل العقد كانت مضمونة عليه لانها ليست أمانة فى يده ، إذ قبضه اياها انما هو على قصد أن يشتريها لنفسه ، فجهة القبض جهة عقد لا جهة أمانة وقيل هذا هو قول الصاحبين ، وقد رجحوه على الاول .

العقد الفاسد

هو ما سلم ركنه من الخلل. وكان محله صالحا لقبول حكمه ، لكن حصل خلل فى بعض أوصافه ، كأن لا يذكر الأجل فى البيع بثمن مؤجل أو يكون فى أحد البدلين ، المبيع والثمن مثلا جهالة فاحشة ، وكعدم حضور الشهود فى عقد الزواج

وحكمه فى البيع ونحوه من العقود المالية أنه لا يفيد الملك فى المعقود عليه إلا إذا قبض برضا صاحبه ، ويملك بقيمته لا بثمنه

ومع ذلك فيجب على كل من العاقدين المبادرة إلى فسخ العقد الفاسد محافظة على حق الشرع ، فان لم يفعلا ناب القاضى عنهما فى ذلك ، لأن عليه أن يحافظ على حقوق الله ، على أنه إذا حصل ما يمنع الرد ، فلا فسخ

والكلام فى هذا يطول جداً ؛ فارجع اليه فى مقالتنا « العقود والشروط والخيارات » تجد الموضوع مستوفى جداً من ناحيته النظرية ، بلا مزيد عليه ؛ وتجد فروعه فى الكتب الفقهية كالهداية وشروحها والدر ورد المحتار

« تنبيه » قيل انه لا فرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد فى الزواج ؛ وقيل بالفرق ؛ لكن لم يمكن الوصول الى وضع حد فاصل بينها ؛ وعلى كل حال فالزواج غير الصحيح يترتب عليه بعض الآثار — راجع كتابنا الأحوال الشخصية المطبوع سنة ١٩٢٥

العقد الصحيح

هو ما سلم ركنه من الخلل ، وكان محله صالحا لحكمه ، ولم يحصل فى أوصافه الأخرى خلل

فان كان من باشره أهلا لمباشرته شرعا ، وله ولاية على مباشرته بملك أو بولاية شرعية ، أو وصاية أو وكالة كان نافذا ، ويترتب عليه حكمه الآن

إذا كان منجزا ،على ماسيأتى وإذا كان من باشره ليس له ولاية مباشرته لكنه أهل فى ذاته لمباشرته كان العقد موقوفا على الاجازة ، ويسمى من بماشره فضوليا ؛ وينقلب هذا الفضولى وكيلا بعد الاجازة المستوفية لشروطها ، الصادرة ممن له الحق فيها ؛ وكذا الحكم إذا كان الذى باشر العقد هو المالك — أى صاحب الشأن فيه — وكان صبيا مميزا والعقد من العقود الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والزواج ، فانه يتوقف أيضا على الأجازة من الولى أو الوصى، أو ممن باشر العقد بعد بلوغه ، كما قدمنا ذلك فى موضعه . وقد استوفينا القول فيه هناك

اقسام العقد الصحيح النافذ

من العقود الصحيحة النافذة مايكون لازما ، أى لا يملك أحد العاقدين فسخه إلا برضا العاقد الآخر ،ومنها مايكون غير لازم فيملك كل واحد من العاقدين فسخه ، ولو لم يرض الآخر . وتسمى الأولى عقوداً لازمة ، والثانية تسمى عقوداً غير لازمة .ومن أمثلة الأولى البيع ، والاجارة ، والكفالة ، والحوالة . ومن أمثلة الثانية :الوكالة ، والشركات ، والاعارة

ثم من العقود اللازمة مايدخله خيار الرؤية والعيب ،ويشترط فيها الخيار ، وسنوضح ذلك فيما سيأتى

(تنبيه) الزواج من العقود اللازمة التى لاتقبل الفسخ برضا العاقدين ، بعد لزومها على أى حال من الأحوال ، لكنها قد تفسخ لأسباب أخرى ، وقد يرفع الزواج بالطلاق ، والفسخ غير الطلاق . وقد أوضحنا ذلك فى كتابنا الأحوال الشخصية المذكور آنفا

حكم العقد الصحيح

متى تم العقد صحيحاً ترتبت عليه كل آثاره الشرعية بدون احتياج الى

إجراءات شكلية ، أو تسجيل أو أى عمل رسمى ، وفى هـذا بعض المخالفة للقوانين الوضعية قديماً وحـــديثاً ، ولبعض ماجاء من التغييرات فى قوانين المحاكم الشرعية عندنا

وأحكام العقود لا يسأل عنها إلا العاقدان ، ولا تجرى إلا فى حقهما لأنها التزامات شخصيـة ، ولذلك لا يسأل عن الدين إلا من التزمـه بعقـد من العقود ، فيوفيه هو ، أو يستوفى من ماله حال حياته ، ومن تركته بعد موته . أما زوجته وسائر ورثته ، فلا يلزمون بدفع شىء من ديونه ، من أموالهم الخاصة بهم شرعا إلا إذا أدوا شيئاً من ذلك عن طيب نفس بمحض إرادتهم فليتنبه لهذا وسأذكر خصائص كل عقد فى موضعها

صيغة العقد

ما يبين به كل من العاقدين عن غرضه وقصده من إيجاب وقبول هو صيغة العقد ، فصيغة العقد هى ماتتألف من الايجاب والقبول . وقد يكون ذلك باللفظ ، وهو الأكثر استعمالا لسهولته ويسره على الناس ، ويجوز العقد بأية عبارة كانت ، سواء أكانت عربية صحيحة ، أم كانت عامية ، وكما تجوز العقود باللغة العربية تجوز أيضاً بأية لغة من اللغات ، بشرط أن يفهم تلك اللغة كل من العاقدين

كذلك يجوز أن تكون العقود كلهـــا بالكتابة وكذا بالاشارة من الأخرس ، غير أن الأخرس إذا كان قادراً على الكتابة ، فقيل إن عقوده لا تصح إلا بالكتابة ، لأنها أبين وأبعد عن الاحتمال من الأشارة ، وقيل تجوز بالأشارة أيضا مع تحريك اللسان والشفتين والتصويت ، فان هـذا من الأخرس يقوم مقام اللفظ من الناطق ، والرأى الأول هو الأصوب .

أما الأخرس العاجز عن الكتابة فعقوده وكل تصرفاته تصح بالاشارة — بالاجماع — والا تعطلت معاملاته

ثم العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى ، لا للالفاظ والمبانى ، ولذا اعتبر بيع الوفاء رهنا ، وستأتى صورته وأحكامه ، مع أنه بلفظ البيع . ولو قال لك شخص أعطيتك هذا الكتاب بكذا ، كان بيعا ، وإن لم يذكر فيه لفظ البيع ، وهكذا

احوال صيغة العقد

قد تصدر صيغة العقد مطلقة من كل قيد ، وقد تصدر مقيدة بشرط ، أو معلقة على شرط أو حادثة ، وعلى هذا الاعتبار ينقسم العقد الى الأقسام الآتية :

العقـــد المنجز

وهو ما صدر بصيغة مطلقة ، غير معلقة ولا مضافة مثل قولك لآخر : بعتك ساعتى هذه بكذا وقول الآخر قبلت

وحكم هذا العقد المنجز اذا كان صحيحا مستوفيا لكل شروطه أن آثاره تترتب عليه فى الحال ، ففى المثال المذكور هنا ينتقل ملك الساعة منك إلى المشترى ، ويتقرر الثمن دينا لك فى ذمة المشترى عقب النطق بالقبول بدون أى فاصل زمنى

العقد المعلق

هو ما رتب وجوده على وجود شيء آخر كقولك لآخر إذا لم يحضر وكيلى فلان من السفر قبل انتهاء هذا الشهر فأنت وكيلى بدلا عنه ، ففى هذه الحالة لا يكون ذلك الشخص وكيلا لك إلا اذا فات الشهر ، ولم يحضر

وكيلك الأول . وحكم العقد المعلق أن أثره لا يترتب عليه إلا وقت وجود الشيء المعلق عليه ، أما قبله فلا

وقد يكون التعليق صوريا وهو فى الحقيقة تنجيز . كأن يقول لك والدك : إذا كنت ناجحا فى الامتحان فقد وهبت لك كذا من المال ، وكنت وقت أن قال لك هذا ناجحا بالفعل لكن لم تعلم النتيجة ، ثم علمتها أنت ووالدك فيما بعد ، وحكم هـــذا العقد الذى هو منجز حقيقة ، ومعلق صورة أن يترتب عليه حكمه فى الحال كالعقد المنجز صورة وحقيقة

وقد يكون التعليق على أمر مستحيل كقولك لآخر : إن شربت البحر أعطيتك كذا . وهذا الكلام لا يترتب عليه شيء ، إذ الغرض منه اخبارك ذلك الشخص بأنك لا تعطيه شيئاً بصورة مؤكدة ، ولذا علقت الاعطاء على أمر مستحيل لا يتوقع حصوله أبدا ، وعلى هذا فالعقد المعلق الحقيقى هو ما كان التعلق فيه على أمر يتوقع ، وينتظر حصوله فى المستقبل كما فى المثال الأول

العقد المضاف الى المستقبل

وهو ما صدر بصيغة مضافة الى وقت مستقبل ، كقولك لشخص آجرتك دارى الفلانية من أول الشهر الآتى . وحكمه أن ينعقد الآن ، لكن لا يترتب عليه استحقاقك لسكنى الدار الا فى أول الشهر الآتى ، أى الوقت المضاف اليه العقد

والعقد فى هذه الأحوال الثلاثة قد يقترن بالشرط ، أى يشترط فيه أمر زائد على ما يقتضيه العقد ، وفى هذا الشرط منفعة لأحد العاقدين ، أو لغيرهما ، كقولك لآخر : اشتريت منك دارك بمبلغ كذا ، بشرط ان تقرضنى مبلغاً

آخر مقداره كذا ، أو بشرط أن توظف صديق فلانا فى وظيفة كذا ، وقد لا يقترن أحدهما بأى شرط . ومن الشروط ما يجب الوفاء به ويصح معه العقد ، ومنها ما لا يجب الوفاء به مع بقاء العقد سليما صحيحاً ، ومنها ما يفسد به العقد

وقد استوفيت الكلام على ذلك بمنتهى التحقيق الذى لا مطمع فى المزيد عليه فى مقالتى «العقود والشروط والخيارات» ولكن سأذكر جملة القول فى ذلك ، من دون إيراد الأدلة ، والخلافات والمناقشات ، على قدر ما يتحمله المقام هنا ، فأقول مقتصراً على مذهب أبى حنيفة وأصحابه فقط :

العقود كلها تقبل التنجيز ، إلا عقد الوصية ، فانه لا يكون إلا مضافا الى الموت لأن التمليك فى الوصية موضوعه مال الموصى بعد موته

وأما من حيث تعليقها فهى تنقسم الى ثلاثة أقسام : (الأول) ما لا يجوز تعليقه أصلا ، وهو يشمل (ا) مبادلة المال بالمال، كالبيع، ومبادلة المال بالمنفعة، كالاجارة ، ومبادلة المال بغير المال ، كالخلع (ب) التبرعات ماعدا الوصية (ج) التقييدات كعزل الوكيل (د) الرهن والاقالة (الثانى) مايصح تعليقه بأى شرط كان ، وهو يشمل (١) الاسقاطات المحضة كالطلاق ، وتسليم الشفعة (٢) الالتزامات التى يحلف بها كالحج (٣) الوكالة ، والايصاء ، والوصية (الثالث) مايصح تعليقه بالشرط الملائم ، أى المناسب فقط والموافق للعقد ، وهو يشمل (١) الالتزامات التى لا يحلف بها كالكفالة والحوالة (ب) الاطلاقات كالاذن للصبى بالتجارة

ومن حيث إضافتها الى المستقبل تنقسم الى ثلاثة أقسام : (الأول) ما لا يكون إلا مضافا الى المستقبل كالايصاء والوصية ، فهما مضافان الى مابعد الموت دائما (الثانى) مايجوز إضافته الى المستقبل ويجوز تنجيزه ، وهو يشمل مايكون به تمليك

المنافع حال حياة مالك العين ، وذلك كالاجارة ، والاعارة (الثالث) مالا تجوز إضافته الى المستقبل أصلا كالبيع والزواج

هذا حكم العقود من جهة التنجيز ، والتعليق ، والاضافة الى المستقبل . وأما حكمها من جهة الاقتران بالشرط فهاك جملة القول فيه :

الشرط الذي يقترن به العقد ، ينقسم الى ثلاثة أقسام : صحيح ، وفاسد ، وباطل

فالصحيح : هو ما يقتضيه العقد بحيث لو لم يذكر لكان الوفاء به واجبا بمقتضى العقد نفسه ، مثل اشتريت منك هذه الفرس على ان تسلمها لى متى اديت اليك الثمن ، او يؤكد موجبه ، مثل تزوجتك على ان يكفل لى ابوك بالمهر ، وبما يجب لى عليك من النفقة ، او يكون قد ورد به الشرع مثل اشتريت منك هذه الأرض بألف جنيه على شرط ان اؤدي اليك الثمن على عشرة اقساط فى عشر سنين ، فى اول كل سنة أؤدى اليك مائة جنيه من الثمن ، وأن تسلمنى الارض الآن ، أو جرى به العرف مثل بعتك هذه البطارية على أن اقوم لك باصلاحها كلما دعت الحالة إلى ذلك مدة سنة

والفاسد : ما كان زائداً على ما يقتضيه العقد ، ولم يرد به الشرع ، ولا جرى به العرف ، وفيه نفع لأحد العاقدين ، أو لانسان غيرهما . مثل بعتك هذه الدار على أن أسكن فيها بعد البيع أربعة أشهر مجانا . وأجرتك هذه الأرض التى مساحتها عشرون فدانا بسعر أجرة الفدان الواحد ثمانية جنيهات فى السنة ، لمدة ثلاث سنين ، على شرط أن تؤجر لى دارك التى فى الجيزة مدة سنة بأجرة مقدارها مائة وعشرون جنيها للسنة كلها

والباطل : ما كان زائدا على ما يقتضيه العقد ، ولم يرد به الشرع ، ولا جرى به العرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا لانسان غيرهما ، مثل بعتك هذه الدابة على شرط الا تركبها فى الاسبوع إلا مرة واحدة (مثلا)

والعقود من حيث اقترانها بالشرط تنقسم إلى قسمين :

الأول : يشمل العقود التي يختلف حكمها باختلاف مايصاحبها من الشروط ، فاذا اقترنت بالشرط الصحيح صحت هي ووجب الوفاء بالشرط ، وإذا اقترنت بالشرط الفاسد فسدت هي أيضا تبعا لفساد الشرط ، وإذا اقترنت بالشرط الباطل صحت هي وبطل الشرط فقط . وينتظم هذا القسم كل ما كان مبادلة مال بمال كالبيع أو مبادلة مال بمنفعة كالاجارة

الثاني : يشمل العقود التي تصح إذا اقترنت بالشرط مطلقا ، ولا يفسدها الشرط الفاسد ، بل يلغى هو وحده . ويدخل تحت هذا القسم جميع العقود ماعدا مادخل منها تحت القسم الأول

وفى هذا القدر كفاية . أما الأمثلة ، والتعليلات والخلاف ، والموازنة بين الأدلة فلا يتسع لها المقام هنا ، وليعلم أن هذا الموضوع من أهم الموضوعات بالنسبة للشروط المقارنة للعقود وبالنسبة للتعليق ، ونطاق البحث فيه واسع جداً

الخيارات

هى جمع خيار ، وهو اسم من الاختيار ، والمراد به هنا هو اختيار العاقد إمضاء العقد أو فسخه ، ولهذا ناسب ذكر الخيارات بعد العقود . وهى تنقسم الى قسمين : قسم لا يثبت الا بالشرط بين المتعاقدين ، فاذا لم يشترط ، فليس لأحد المتعاقدين أن يستقل بفسخ العقد من جهة ذلك الخيار ، وهو يسمى خيار الشرط ، أى الخيار الذى سبب ثبوته الشرط . وقسم يثبت بأسباب أخرى بوضع الشارع ، سببها تحقيق العدل ومنع الظلم فى المعاملات ، والوصول الى تمام الرضا ، والتوسعة على العاقدين

ولأتكلم هنا على ثلاثة منها هي أهمها وأعمها :

خيـار الشرط

هو من إضـافة الشيء الى سببه . أى الخيار الذى سببه الشرط ، وهو أن يُشـترط فى العقد أو بعـده الخيار لأحد المتعاقدين أو كليهما فى فسخ العقد ، وإمضائه ، كأن يقول البائع للمشـترى : بعت لك هـذه الدار بكذا على أنى بالخيار مدة كذا ، أو يقول المشترى للبائع : اشتريت منك هذا الفرس بكذا على أنى بالخيار مدة كذا ، أو يقول كل منهما ما يدل على اشـتراط الخيار لنفسه ، ويرضى كل منهما بذلك فى جميع الأحوال

ولا بد للخيار من مدة معينة يتفقان عليها فى ثلاثة أيام ، أو أكثر ، فان لم تذكر مدة معينة فسد العقد

ولا يدخل خيار الشرط الا فى العقود اللازمة القـــابلة للفسخ ، كالبيع والاجارة ، لأن فائدته إنما تظهر فيها فقط ، وتلك الفائدة هى تمكن من له الخيار من فسخ العقد اذا شاء فى أثناء تلك المدة ؛ فاذا فسخه فيها بطل العقد ، واذا لم يفسخه حتى مضت المدة كان العقد ماضياً ، فلا حق له فى الفسخ بعد ذلك . وإذا مات من له الخيار فى أثناء المدة بطل الخيار ، ولزم العقد

ومتى لزم العقد فان الملك يكون مستنداً الى الوقت الذى حصـل فيه العقد من قبل ، وعلى ذلك يكون المبيع ، فى عقـد البيع ، مالـكا للمشترى هو وجميع زوائده من ذلك الوقت ، أى يكون للزوم العقد أثر رجعى

والعقود بالنسـبة لخيار الشرط تنقسم الى ثلاثة أقسام : (الأول) ما لا يحتمل الفسخ كالزواج والطلاق والعتق ، والخلع بالنسبة للرجل ، وهذا القسم لا معنى لدخول خيار الشرط فيه ، لأن المفروض أن العقود المندرجة تحته غير قابلة للفسخ ، وخيار الشرط إنما يراد لتمكين من له الخيار من الفسخ ، وهذا غير ممكن هنا فكان اشتراطه عملا ضائعاً . (الثـاني) العقود اللازمة

التى تقبل الفسخ ، وهذه هى التى يكون لخيار الشرط معها فائدة ، كما قدمنا . وهى تشمل البيع ، والاجارة ، والمساقاة والمزارعة ، وقسمة القيميات المتحدة والمختلفة جنساً ، والصلح عن مال ، على مال ، والرهن بالنسبة للراهن أى المدين والكفالة ، والحوالة ، والابراء والوقف ، والاقالة ، والخلع بالنسبة للزوجة (الثالث) العقود غير اللازمة — أى التى يستقل أحد الطرفين بفسخها — اذا شاء وحده كالوكالة ، والشركات ، والرهن بالنسبة للمرتهن (الدائن) والوصية بالنسبة للموصى . وفى هذا القسم لا يدخل خيار الشرط ، لأنه يكون من باب تحصيل الحاصل . وكذا لا يدخل خيار الشرط فى السلم ، لأن قبض رأس المال واجب فيه فى المجلس وذلك لورود النهى من الشارع عن بيع الدين بالدين ، ولا الصرف ، وذلك لأمر الشارع بالتقابض فيه قبل الافتراق ، وتشديده فى ذلك . والاقرار ، لأنه إخبار عن أمر مضى ولا معنى للخيار فيه ، بخلاف العقود فانها للانشاء .

ولا بد فى الخيار من مدة معينة منعاً للجهالة المؤدية الى النزاع . ومقدار تلك المدة فى الوقف والكفالة وللمحتال بالدين على حسب ما يتفق عليه العاقدان ، ويرتضيه الواقف . وفيما عدا ذلك فعلى رأى أبى حنيفة لا تزيد على ثلاثة أيام وعلى رأى الصاحبين تقدر بما يقدرها به العاقدان ، أى مقدار كان . وابتداؤها من وقت الخيار ، سواء أكان فى العقد ، أم بعده

والأصل فى ذلك أن حبان بن منقذ الأنصارى كان يغبن فى البياعات بسبب ضربة سيف أصابت رأسه فثقل بذلك نطقه ، وضعف إدراكه ضعفاً ما ، فقال له رسول الله ﷺ « اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام » والخلابة هى الخداع ، فقال أبو حنيفة ان هذا الحكم جاء على خلاف القياس ، إذ طبيعة عقد البيع تقتضي أن يكون لازماً متى توافرت شروطه

الشرعية ، لكن القياس يترك لأجل النص ، واذاً يجب ألا يزاد على المدة التى ورد بها النص . وقال أبو يوسف ومحمد يجوز الخيار الى أى مدة يسميها العاقدان ، ويتفقان عليها ، لأن الحاجة قد تدعو الى ذلك أحيانا ، وأما التحديد بثلاثة أيام فى مسألة حبان بن منقذ فهو أن الرسول عليه الصلاة والسلام رأى فى ذلك الكفاية بالنسبة له . وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أجاز الخيار الى شهرين

ويجوز أن يكون الخيار لكل واحد من العاقدين ، أو لأحدهما فقط ، أو لأجنبى كأن يقول لك شخص بعتك سيارتى هذه بكذا ،فتقول قبلتها على شرط أن يرضى أبى فى مدة كذا ، ويتم بينكما البيع على ذلك .

فاذا كان الخيار لكل منهما فلا يخرج البدلان من ملكهما فى عقود المعاوضات المالية ، وإن جعل الخيار لأحدهما فلا يخرج ماله من ملكه ، وكذا إن كان الخيار لأجنبى نيابة عن أحدهما ، وأما مال الآخر الذى لم يشترط لنفسه الخيار ،فعلى قول أبى حنيفة لا يدخل فى ملك من له الخيار ، كالمبيع لا يدخل فى ملك المشترى اذا كان الخيار له وحده، وليس للبائع خيار ، بل يكون موقوفا بينهما حتى يتبين الأمر ، فاما أن يعود الى ملك البائع ، اذا فسخ العقد ، وإما أن يدخل فى ملك المشترى اذا تم البيع . وأما على قول أبى يوسف ومحمد فانه يدخل فى ملك من له الخيار كالمبيع يدخل فى ملك المشترى من أول الأمر فى الصورة المتقدمة . احتجا لقولهما بأنه اذا كان الخيار للمشترى وليس للبائع خيار ، فالمبيع يخرج من ملك البائع بالاتفاق، فاذا لم يدخل فى ملك المشترى يكون كالسائبة ، بسبب زواله عن مالكه الأصلى ، وهذا لا عهد لنا به فى الشرع ، فوجب اذاً أن يدخل فى ملك المشتري . وردّ على ذلك أبو حنيفة بأنه يترتب على ما ذهبا اليه اجتماع

البدلين (الثمن والمبيع) فى ملك واحد ، وهو ملك المشترى ، وهـذا لا عهد لنا به فى الشرع ، وعلى هـا ينبغى أن يكون المبيع موقوفا فى مدة الخيار بين المتعاقدين . ثم هو ليس فى حكم السـائبة ، فانها هى التى لا مالك لها مطلقا ، أما هنا فالملك بينهما لا يعدوهما

واذا كان الخيـار لهما جميعا فأجاز أحدهما ، سقط خيـاره ، وبقى خيـار الآخر حتى يُمضِى العقد أو يفسخه ، أو تمضى مدة الخيـار بدون اجازة أو فسخ فيسقط الخيار بمضيها ، ويمضى العقد .

وينفسخ العقد اذا فسخه من له الخيـار قولا أو فعلا فى المدة المعينـة ، ويشترط علم الآخر فى الفسخ القولى ، لا الفعلى ، وقيل لا يشـترط العلم ، لأن حق الفسخ ثابت بشرط الخيـار . والمراد بالفسخ القولى أن يقول من له الخيار فسخت العقد ونحو ذلك من العبـارات الدالة على الفسخ ، والمراد بالفسخ الفعلى أن يتصرف البائع فى المبيع ببيع ونحوه ، فبذلك يوجد الفسخ حكما ، ويتم العقد ويلزم اذا أجازه من له الخيار قولا أو فعلا فى المدة المعينة . فالقولى مثل أن يقول المشـترى ـ اذا كان الخيار له ـ أجزت البيع ، ونحو ذلك ، والفعلى أن يبيع المشترى المبيع اذا كان الخيار له ، أو يبنى فى الأرض المشتراة ؛ ونحو ذلك مما يدل على الرضا

واذا مات من له الخيار فى أثناء المدة بدون أن يفسخ العقد فان العقد يتم ويلزم بموته ، ولا ينتقل الخيار إلى وارثه . وقال الشافعى : يورث عنه لأنه حق لازم ثبت فى المعقود عليـه ، فيجرى فيه الارث كما فى خيـار العيب ، وخيار التعيين . وأجيب عن هـذا بأن الخيار ما هو إلا مجرد مشيئة وارادة ، ولا يتصور انتقال ذلك من شخص إلى شخص آخر ، والارث لا يكون إلا فيما يقبل الانتقال ، وهذا بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع

سليما ، إذ الأصل فى كل مبيع أن يكون سليما ، فكذا الوارث الذى يخلفه ، وأما الخيار نفسه فلا يورث . وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه الذى انتقل اليه بسبب الارث ، بملك غيره ، وهو البائع ، وليس المعنى أنه ورث الخيار عن مورثه

خيار الرؤية

أى الخيار الذى سببه الرؤية ـ لأجل تمام الرضا فى عقود المعاوضات المالية ، شرع هذا الخيار وهو على حسب الاستقراء يثبت فى أربعة مواضع (الأول) شراء الأعيان المالية التى يلزم تعينها ولا تثبت دينا فى الذمة ، وعلى هذا لا يثبت خيار الرؤية فى عقد السلم (الثانى) الاجارة (الثالث) قسمة غير المثليات (الرابع) الصلح عن مال على شيء معين . فمن اشترى شيئا لم لم يره من الأعيان المالية كدار أو أرض أو فرس او سيارة أو ساعة ونحو ذلك ؛ أو استأجر شيئا لم يره كدار أو مركب أو دابة ونحو ذلك، أو قاسم شريكه قسمة تراض مالا مشتركا بينهما من القيميات المتحدة ، كابل مشتركة بينهما أو خيل أو أرض ونحو ذلك ، أو القيميات المختلفة كابل وغنم وخيل وبغال وهكذا ، أو صالح عن دعوى مال معين كمائة جنيه (مثلا) على شيء معين لم يره كقطعة أرض أو عروض تجارة الخ فهو بالخيار فى هذه الصور كلها فان شاء قبل وأمضى العقد عند الرؤية ؛ وان شاء فسخه ونقض القسمة

والأصل فى هذا حديث : « من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه » وقيس على البيع ما فى حكمه من عقود المعاوضات المالية

وخيار الرؤية لا يورث لأنه مجرد إرادة ومشيئة ،فهو كخيار الشرط ولمن له خيار الرؤية حق الفسخ قبل الرؤية وبعدها ، فأما ثبوت حق الفسخ قبل الرؤية ، فلأن العقد غير لازم قبلها ، وأما بعدها فسببه الرؤية

عملا بالحديث وقيل لا حق له فى الفسخ قبل الرؤية قياسا على الاجازة لأنها لا تكون إلا بعد الرؤية قولا واحدا ، إذ الشيء لا يجوز أن يسبق فى الوجود وجود سببه

غير أنه اذا وجد ما يبطل الفسخ قبل الرؤية ، أو بعدها ، أو يدل على الرضا بعدها ، كان العقد لازما لا خيار فيه ، والذى يبطل خيار الرؤية هو تصرف من له الخيار فى العين تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق ، أو يوجب حقا للغير كالرهن والاجارة ، سواء أكان هذا قبل الرؤية أم بعدها . فان تصرف تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بخيار للبائع ، وكالهبة بدون التسليم فان الخيار يبطل اذا كان هذا التصرف بعد الرؤية ، وذلك لأنه دليل على الرضا ، أما اذا كان قبلها فلا يسقط الخيار . لأنه انما يثبت بنفس الرؤية ، فلا يوجد إلا بوجودها ، وحينئذ فلا وجه لسقوطه قبلها ، لأنه يسقط قبل وجود سبب سقوطه ، وهذا باطل

وخيار الرؤية غير موقت ، بل هو ثابت مستمر حتى يوجد ما يسقطه : وقيل أنه موقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو وقع بصره عليه ، ولم يفسخ سقط حقه فى الفسخ ، والأصح هو القول الأول ، لكن الثانى أرفق بالبائع على شرط أن يتمكن المشترى ومن فى حكمه من الرؤية النافية للجهالة

خيار العيب

هو أيضا من إضافة الشيء الى سببه : أى الخيار الذى سببه العيب وسببه أن الأصل فى المعقود عليه السلامة من العيوب ، وعلى هذا استقر عرف الناس وأقره الشرع ، واقتضاه العقل ، ولهذا يثبت حق الفسخ بسبب وجود العيب فى المعقود عليه بدون اشتراط فى العقد . ومحله عقود المعاوضات المالية

كخيار الرؤية تماما . فمن عقد عقد شراء . أو اجارة أو اقتسم مع شريكه مالا مشتركا مطلقا ؛ أو صالح عن دعوى مال معين على شيء معين ، فله فسخ العقد ، ونقض القسمة ، بخيار العيب اذا وجد فيما اشتراه ، أو استأجره ، أو أخذه بدل صلح ، أو وجد فى الحصة التى خصته فى القسمة عيبا قديما ، أى عيبا كان موجودا بعد أن يتسلم المعقود عليه ، ولو كان قد حدث قبل العقد وقبل التسليم ؛ بشرط ألا يكون عالما به وقت العقد ، ولم يوجد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه عليه . أو لم يشترط عليه العاقد الآخر انه برىء من كل عيب يكون فيه . فان وجد شيء من ذلك ، أو علم بالعيب ورضى به بعد الاطلاع عليه ، أو قبل شرط البراءة من العيوب فلا خيار له بسبب ما يجده من العيب ؛ بل يلزمه العقد ، والحصة التى أصابته في القسمة

ولا يبطل خيار العيب بموت من له الخيار بل يقوم وارثه مقامه فى ذلك ، فلو كان المبيع (مثلا) معيبا فللمشترى رده وأخذ بدله سليما فاذا مات قبل الرد فالذى انتقل الى وارثه هو بعض ذلك المبيع لا كله وذلك ككتاب ينقص بعض أوراقه ، فاما أن يكمله له البائع باعطائه الأوراق المتممة للكتاب . أو يعطيه كتابا غيره سليما ويسترد الكتاب الناقص ، وإذا كان النقص لا يمكن تداركه وجب رد المعيب ، وإعطاء الوارث بدله سليما . وذلك لأن المورث انما ملك بالعقد مبيعا كاملا غير ناقص . سليما من العيوب ، وأما الناقص والمعيب فهما مردودان على البائع

ولا يدخل خيار العيب فى غير الأموال ؛ فلا يدخل فى الزواج ، وهذا عند أبى حنيفة وأصحابه . لكن العمل عندنا الآن على جواز التفريق بسبب العيب الذي يوجد بالزوج إذا كان عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ؛ أو يمكن

بعد زمن طويل ، ولا يمكن الزوجة المقام مع الزوج إلا بضرر يصيبها منه .
وهذا الحكم مأخوذ من المذاهب الأخرى ، والكلام فيه يطول جدا ، ومحله « الأحوال الشخصية »

وبهذا تم الكتاب الثانى فى العقود والشروط والخيارات بقدر مايتحمل المقام هنا ، ويليه:



الكتاب الثالث

فى بيان خصائص العقود وأحكامها بالتفصيل . والمراد بالعقود هنا عقود المعاملات المالية التى تدور بين الناس ، وأما الأحوال الشخصية وما ألحق بها فلا نعرض له هنا إلا ببيان موجز لكل من الهبة والوصية والوقف تعجيلا بالفائدة مع ملاحظة خروج هذه العقود الثلاثة عن مقرر المعاملات

البيع (١)

هو أهم العقود الناقلة للملك ، وأكثرها دوراناً فى المعاملات . وليس من الممكن استغناء الناس عنه

وعرفوه بأنه مبادلة مال بمال على وجه مخصوص ، وهو أن يصدر عن عاقدين بايجاب من الأول وقبول من الثانى ، بلفظ البيع والشراء أو بأى لفظ يقوم مقامهما ، وقد يكون بالتعاطى ، وهو كثير جدا فى الأشياء المعروفة الثمن فى الأسواق

ولا بد فيه من موافقة القبول للايجاب ، ولو ضمناً . فاذا أوجب أحد العاقدين بيع شىء بشىء لزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للايجاب ، فلو قال شخص لآخر : بعتك هذين الفرسين بأربعين جنيها فقال المشترى قبلت شراءهما بثلاثين جنيها ، أو قال آخذ أحدهما

---

(١) يتعدى فعله إلى مفعولين ،تقول بعتك كذا ، وقد تدخل من على المفعول الأول ، فتقول بعت منك كذا ، وربما دخلت اللام بدل من ، فتقول بعت لك كذا . وأما تعدية الفعل بالى فهى خطأ . وتقول باع عليه القاضى ماله أى باعه بغير رضاه ، لغرض شرعى صحيح

بعشرين، لا يصح البيع ، أما لو قبلهما جميعا بخمسين فقد حصلت الموافقة ضمنا لكن ينعقد البيع على أربعين ، ثم لو قبل البائع هذه الزيادة فى مجلس العقد [١] لزمت المشترى ، وإلا لزم البيع بأربعين فقط . ولو قال المشترى للبائع اشتريت منك هذه الساعة بستين قرشا فقال البائع بعتها لك بخمسين قرشا انعقد البيع بينهما بخمسين فقط

وتكرار الايجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الايجاب الأخير فلو قال البائع للمشترى بعتك هذا الشيء بمائة قرش ، وقبل أن يقول المشترى قبلت قال البائع بعته لك بمائة وعشرين ألغى الايجاب الأول ، وانعقد البيع على مائة وعشرين . ثم لا بد أن يكون الايجاب والقبول فى مجلس واحد — وهذا شرط عام فى جميع عقود التمليكات التى منها عقود المبادلات المالية كالبيع ونحوه — لكن يستغنى عن ذلك اذا كان العقد بالكتابة أو الرسالة ويعتبر المجلس حينئذ مجلس وصول الكتاب أو الرسول

ويشترط ألا يتخلل بين الايجاب والقبول ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن العقد فاذا حصل شيء من ذلك بطل العقد لعدم صحة القبول بعد ذلك الاعراض . وكالاعراض ما لو مات أحد العاقدين بعد الايجاب وقبل القبول ، أو قال رجعت ، ونحو ذلك . وكذا لو رجع الكاتب أو المرسل عن الايجاب قبل قبول المرسل اليه سواء أعلم المرسل اليه — الكتاب أو الرسول — بذلك الرجوع أم لا فقبوله بعد ذلك لا يصح مطلقاً . وإذاً فلا عقد بينهما

أما لو تم الايجاب والقبول مستوفيين شرائطهما فلا يثبت خيار المجلس للمتعاقدين بعد ذلك ، وذهب الامامان الشافعى وأحمد الى انه مادام العاقدان فى المجلس لم يتفرقا فلكل واحد منهما الخيار فى الامضاء أو الفسخ ، ويسمى

---

(١) مجلس العقد هو الاجتماع الواقع فيه العقد ، سواء أطال أم قصر

هذا خيار المجلس ، ودليلهما على ذلك الحديث الصحيح « المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا » والمراد التفرق بالأبدان لأنه هو المتبادر من اللفظ . وقال أصحابنا لامعنى لهذا الخيار بعد تمام الايجاب والقبول فوجب ان يحمل التفرق الوارد فى الحديث على التفرق بالأقوال . ويكون المعنى إذاً انه متى حصل القبول فقد افترق العاقدان بأقوالهما ، وانتفى عنهما بعد ذلك صفة كونهما متبايعين ، لأن العقد قد تم بينهما . وفى هذه المسألة كلام كثير لا يتسع له المقام هنا

ويجوز ان يكون البيع منجزاً . ومقترناً بشرط يقتضيه ويلائمه ويؤكد موجبه ، او ورد به الشرع او جرى به العرف كما قدمنا فى العقود صفحة (١٠٠) وإذا اقترن بشرط فيه منفعة لأحدالعاقدين اولانسان غيرهما ، وهذا الشرط لم يرد به الشرع ولا جرى به العرف فان البيع يكون فاسداً ، وكذا الشرط . فاذا لم يكن فى الشرط منفعة لآدمى فالبيع صحيح والشرط باطل كما قدمنا ذلك هناك

وللبيع اربعة انواع :

الأول : البيع المطلق وهو بيع عين معينة بالاشارة اليها ، او بوصفها بثمن ، وهو الأكثر شيوعا فى المعاملات من غيره . ويقال لهذا بيع عين بدين

الثانى : بيع عين بعين ، ويسمى بالمقايضة كبيع بقرة بفرس ، وتعتبر قيمة كل منها ثمناً للاخرى

الثالث : بيع نقد بنقد ، ويسمى الصرف كبيع ذهب بذهب ، او فضة بفضة ، او بيع احدهما بالآخر ، ولا بد فيه شرعا من تقابض البدلين فى مجلس واحد ، ومن مساواتهما وزنا اذا اتحدا جنسا كذهب بذهب او فضة

بفضة ، فاذا وجد تفاوت ، فانه يسمى (ربا الفضل) اى ربا الزيادة ، وهنا بحوث لا يتحملها المقام

الرابع : بيع دين آجل يتعلق بالذمة بثمن حالّ نقد ، او عين من الأعيان المالية ، وهذا يسمى بالسلم ، ولا بد فيه من قبض الثمن فى مجلس العقد قبل الافتراق ، ويسمى ما يقبض رأس مال السلم . وستأتى احكامه مفصلة .
وقد نهى الشارع عن بيع الدين بالدين اى لا يجوز تأجيل كل من الثمن والمبيع شرعا

شرائط البيع

وللبيع شرائط للانعقاد والنفاذ والصحة واللزوم ، تؤخذ مما تقدم فى الشروط العامة فى العقود صفحة ٩٣ وما بعدها

وتتميما للفائدة نذكرها هنا على التفصيل :

فشرائط الانعقاد أربعة أنواع : فى العاقد ، وفى نفس العقد ، وفى مكانه وفى المعقود عليه

فشرائط العاقد اثنان : التمييز والعدد ، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي والمعتوه غير المميزين . ولا يستقل بعقد البيع عاقد واحد ، لأن ما يجب على البائع للمشترى غير ما يجب على المشترى للبائع ، فلو قام بعقد البيع عاقد واحد لكان مطالبا لنفسه ومطالبا لها ، ومخاصما ومخاصما باعتبار صفتيه مع وحدة ذاته ، وفى هذا من التدافع مالا يخفى ، فلم يكن من السائغ عقلا ولا شرعا أن يتولى طرفى العقد عاقد واحد ، لكنهم استثنوا من ذلك الأب فى بيعه ماله لولده وشرائه مال ولده لنفسه ، فأجازوا له أن ينفرد بذلك ، وقالوا إنه لوفور شفقته تعتبر عبارته كعبارتين [1] ويكون فى هذه الحالة أصيلا

(١) يجوز للأب الذى له ولاية شرعية على ولده ، أن يبيع ماله لولده ، وأن

عن نفسه ونائبا عن طفله بطريق الولاية الشرعية عليه ، وكذلك القاضي والوصي (وفيه نظر) والرسول من الجانبين ، لأنه يحمل العبارتين فقط ، بخلاف الوكيل من الجانبين فانه لايجوز له الانفراد نظراً لحقوق العقد

ويشترط في العقد شرط واحد وهو موافقة القبول للايجاب على ماتقدم ويشترط في المكان شرط واحد وهو اتحاد المجلس ، فلايصح الايجاب في

يشتري مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغبن يسير إذاكان عدلا أو مستور الحال . فلو كان فاسد الرأي سيء التدبير فلا بد من الخيرية في البيع والشراء ؛ ولا يبرأ الأب في الشراء من الثمن حتى ينصب القاضي لولده قيما فيأخذ الثمن من الأب ثم يسلمه اليه ليحفظه لولده . وإن باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضا له بمجرد البيع ؛ فاذا هلك قبل التمكن من قبضه فضمانه على الأب . وهل يجوز للأب بيع مال أحد صغيريه للآخر ؟ اختلفت عبارات الكتب ؛ فقيل يجوز إذا لم يفحش الغبن وأما الوصي الذي يختاره الأب فلا يجوز له أن يبيع ماله لليتيم ، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم . والخيرية في العقار أن يشتريه بضعف قيمته وأن يبيعه لليتيم بنصف قيمته ، وفي المنقول أن يشتريه بمقدار قيمته مرة ونصفا ، وأن يبيعه لليتيم بثلثي قيمته . وفسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة لليتيم بيعا وشراء ، وقيل يكتفي بدرهمين في العشرة لكن المعتمد هو الأول وهل يجوز لوصي الأب أن يبيع مال أحد اليتيمين للآخر ؟ الجواب أنه لايجوز له ذلك . وأما القاضي فلا يجوز له أن يشتري مال اليتيم لنفسه ؛ ولا أن يبيع ماله لليتيم ؛ وذلك لأن فعله قضاء وقضاؤه لنفسه باطل ؛ وأما إذا باع مال أحد اليتيمين اللذين في ولايته للآخر ففيه خلاف في عبارات الكتب ، والصحيح أنه لايجوز أيضا ؛ ووصي القاضي كالقاضي في ذلك ؛ لأن وصي القاضي وكيل محض ، والوكيل لا يملك البيع والشراء لنفسه ، وهو أولى من الوصي المختار بألا يصح انفراده ببيع وشراء مال أحد اليتيمين للآخر ، لأن ذلك أقوى منه ، اذ هو مختار الأب . ولا يجوز له ذلك فأولى منه بعدم الجواز من ليس مختارا للأب (يوضحه) أن القاضي الذي عينه وصيا لايملك ذلك فكان فعله بعدم الجواز أحرى

مجلس والقبول فى مجلس آخر إلا فى الكتابة والرسالة على ماينا سابقا . وفى الحقيقة يعتبر مجلس العقد هو مجلس وصول الكتاب وتبليغ الرسول .
ويشترط فى المعقود عليه ستة شروط كونه موجوداً ، ومالا ، متقوما ، مملوكا فى نفسه ، وكذلك الملك للبائع فيما يبيعه على أنه ملك نفسه (على قول مرجوح) وكونه مقدور التسليم ؛ فلا ينعقد بيع المعدوم ، إلا فى السلم خاصة ، وما له خطر العدم (أى احتمال العدم) كالحمل فى بطن أمه ، واللبن فى الضرع ، والثمر قبل ظهوره ، ولا يجوز بيع الميتة والدم والخنزير ، والخمر بالنسبة للمسلم ، ولا كسرة خبز ، لأن أدنى القيمة التى تشترط لجواز البيع فلس (وجمعه فلوس؛ ويقابله عندنا ربع مليم) لأنه ليس وراءه نقد يتعامل به الناس ولا بيع الكلأ ولو كان فى أرض مملوكة للبائع ، ولا الماء فى نهر أو بئر ولو مملوكين ، ولا الصيد ، ولا الحطب قبل احرازهما . ولا يجوز للانسان أن يبيع ماليس مملوكا له وقت البيع ، وان ملكه بعد ذلك إلا فى السلم والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمنه بقيمته . وكذلك مايبيعه الفضولى ، فانه موقوف على الاجازة ، والوكيل والولى والوصى بيعهم نافذ ، وان كانوا غير مالكين لما يبيعونه ، وذلك لما لكل منهم من الولاية الشرعية المستفادة من المالك ، أو الشارع . ولا ينفذ بيع معجوز التسليم ، كالبعير الشارد والطير فى الهواء والسمك فى الماء بعد ان كان ذلك فى يد البائع وملكه .

ويشترط لأجل نفاذ البيع شرطان : الملك ، أو الولاية ، وألا يكون فى المبيع حق لغير البائع ، وعلى ذلك لا ينفذ بيع الفضولى ملك غيره على أنه ملك غيره ، وذلك لعدم الملك والولاية جميعا ، وكذا لا ينفذ بيعه ملك غيره على أنه ملك نفسه بل هو منعقد موقوف (على القول الراجح) وقد تقدم مايقابله . ولا ينفذ بيع المرهون والمستأجر ، على ما سيأتى

ويشترط لأجل صحة البيع كل شروط الانعقاد المارة ، لأن ما لا ينعقد لا يصح ـ وعدم التوقيت ـ ومعلومية المبيع ـ ومعلومية الثمن بما يرفع المنازعة فلا يصح بيع شاة من هذا القطيع ، ولا بيع شيء بما يقوله فلان ، ولا بقيمته ـ وخلو الصيغة من كل شرط مفسد ـ والرضا ـ والفائدة ، فيفسد بيع المكره وشراؤه ، وبيع مالا فائدة فيه وشراؤه ـ ومعلومية الأجل فى البيع المؤجل فيه الثمن ـ والقبض فى بيع المشترى المنقول ، فاذا اشترى زيد من بكر مالا منقولا كفرس أو ساعة (مثلا) ثم أراد زيد أن يبيع ذلك الفرس أو تلك الساعة قبل القبض فلا يصح ، لما هو مبين فى موضعه ، وكذا يفسد بيع المسلم فيه قبل قبضه ، ومثله بيع رأس مال السلم ـ وبيع شيء بدين على غير البائع ـ ويشترط كون البدل مسمى فى المبادلة القولية فان سكت عنه فسد ، لكنه يملك بالقبض ـ وتشترط المماثلة بين البدلين فى الأموال الربوية ـ والخلو من شبهة الربا ـ ووجود شرائط السلم فى عقد السلم ـ والقبض فى الصرف قبل الافتراق ـ وعلم الثمن الأول فى المرابحة والتولية والوضيعة

وشرائط اللزوم فى البيع هى خلو العقد من الخيارات بعد توافر شروط الانعقاد والصحة والنفاذ

وتتميما للفائدة أذكرهنا سائر الخيارات فى البيع ، وان كان قد تقدم الكلام فى بعضها بوجه عام ، وهو خيار الرؤية ، والعيب ، وفى بعضها استطرادا

خيار الرؤية فى البيع

المبيع اما أن يكون قد رآه المشترى وقت شرائه أو قبله أو لم يكن رآه فان رآه وقت الشراء ورضى به فليس له خيار الرؤية بعد ذلك بل يلزم البيع ، وإن رآه قبل الشراء ثم اشتراه عالما وقت الشراء أنه هو الذى رآه من قبل فالحكم كذلك وقيل ان كان رآه لقصد الشراء فلا خيار له وإلا فله الخيار ، ورؤية الوكيل فى

الشراء ورضاه كرؤية الأصيل ورضاه ، وكذا الوكيل بالقبض على رأي الامام لأن تمام القبض بالرؤية وقد وجدت . وقال الصاحبان ان رؤية الوكيل بالقبض لا تسقط خيار الرؤية للموكل ، لأنه مأمور بالقبض فقط لا بالرؤية . فان وجد المشتري المبيع وقت العقد متغيرا عن الحالة التي رآه عليها من قبل فله أن يرده وتكفي رؤية ما يدل على العلم بالمقصود ، وذلك يختلف باختلاف الأشياء المبيعة والغرض من شرائها وان كان المشتري لم ير المبيع لا وقت الشراء ولا قبله ، بل اشتراه بعد أن ذكر له جنسه ووصفه أو أشير اليه أو الى مكانه فان البيع يكون صحيحا ، ولكنه غير لازم ويكون للمشتري الخيار بفسخ العقد أو امضائه عملا بالحديث «من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه» . وهذا الخيار غير مؤقت بزمن حتى يصدر من المشتري ما يبطله قولا أو فعلا أو بتعيب المبيع في يده ، وقيل انه مؤقت بمدة تمكن المشتري من الرؤية ، فان مضت تلك المدة ولم يفسخ لزم البيع . وكذا يلزم البيع اذا تصرف المشتري في المبيع الذي اشتراه قبل أن يراه تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق أو يوجب حقا للغير ، كالبيع بدون شرط الخيار ، أو رهن المبيع أو اجارته ، أو هلاكه ، أو استهلاكه أو تعيبه في يده ، وكذا يلزم البيع إذا مات المشتري قبل رؤية المبيع كما تقدم

والأشياء التي تباع على حسب أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها ، فان تبين أن المبيع دون الأنموذج يكون مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده وإذا كان المبيع دارا أو خانا يلزم رؤية كل حجرة منها إلا إذا كانت مصنوعة على نسق واحد فيكفي رؤية واحدة منها ، وإذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة فلا يلزم البيع حتى يرى المشتري كل واحد منها ، فاذا رأى بعضها فقط فله الخيار عند رؤية البعض الآخر إن شاء أخذ الجميع بالثمن المسمى لها أو فسخ البيع وردها جميعها ، وليس له أن يأخذ ما رآه

ورضى به ؛ ويترك مالم يكن رآه لئلا تتفرق الصفقة ويضر البائع

ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره — وبيع الأعمى وشراؤه صحيح ، إلا أنه يخير فيما اشتراه بدون أن يعلم وصفه ، فاذا وصف له شيء وعرف وصفه ثم اشتراه لا يكون مخيرا ، وسقط خياره بجس الأشياء التي تعرف بالجس وشم المشمومات ، وذوق المذوقات

خيار فوات الوصف

إذا بيع مال بوصف مرغوب فيه فظهر المبيع خاليا عن ذلك الوصف فالمشترى بالخيار إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أخذ المبيع بكل الثمن المسمى ، ومثال ذلك : بيع بقرة على أنها حلوب أو فرس على أنه من خيل السباق أو هذا الفص ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أن البقرة غير حلوب وأن الفرس ليس من خيل السباق ، وأن الفص أصفر مثلا ؟ فان تصرف فى المبيع تصرف الملاك فلا حق له فى رده لأن هذا دليل على رضاه وكذا إذا تعلق بالمبيع حق الغير ، وإن حدث فيه ما يمنع الرد يقوم مع الوصف المرغوب فيه وبدونه ويرجع على البائع بقدر التفاوت ، وان مات المشترى قبل خياره انتقل حق الفسخ إلى ورثته

خيار العيب فى المبيع

العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأهل الخبرة ، وهو إما قديم أو جديد — فالقديم هو ما كان موجودا فى المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو فى يد البائع قبل التسليم ، والجديد هو ما يحدث فى المبيع عند المشترى فاذا بيع شيء معيب كثوب مثلا فاما أن يقول البائع للمشترى : ان فى هذا الثوب عيب كذا أو يقول له إنى برىء من كل عيب ظهر فيه ، فلو قبل

المشترى المبيع فى الحالتين فليس له أن يرده فى الصورة الاولى بالعيب الذى ذكره له البائع ، فان ظهر فيه عيب آخر فله أن يرده بذلك العيب الآخر وفى الصورة الثانية ليس له أن يرد المبيع بأى عيب يراه فيه . فاذا لم يخبر البائع المشترى بأن المبيع معيب ، أو لم يشترط عليه البراءة من العيوب فان البيع بهذه الصورة يقتضى ان يكون المبيع سالما خاليا من كل عيب ، فاذا ظهر للمشترى عيب قديم فيه ، فله الخيار ان شاء قبله بكل الثمن المسمى ، وإن شاء رده واسترد الثمن ان كان نقده للبائع[1] ولكن الرد يمتنع فى حالتين : —

(الحالة الأولى) — أن يتصرف المشترى فى المبيع تصرف الملاك بعد علمه بالعيب ، كأن يؤجر المبيع أو يرهنه أو يعرضه للبيع ، وفى هذه الحالة ليس له أن يرد المبيع ولا يرجع على البائع بنقصان العيب ، لأن تصرفه هذا دليل على رضاه بالعيب

(الحالة الثانية) — أن يحدث فى المبيع ما يمنع الرد وتحت هذا قسمان :

«الأول» أن يمتنع الرد لسبب شرعى سواء رضى البائع أم لم يرض ، وذلك إذا أحدث فى المبيع زيادة مانعة من الرد كصبغ الثوب المبيع والبناء والغرس فى الأرض المبيعة ثم اطلع المشترى على عيب قديم فى المبيع ، فانه يرجع على البائع بنقصان العيب ويمتنع الرد بسبب الزيادة ، لأن هذه الزيادة لا يقابلها شىء فتكون بمنزلة الربا

« الثانى » أن يمتنع الرد لعدم رضا البائع وذلك إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشترى فليس له أن يرده بالعيب القديم مع وجود العيب الجديد فيه ، بل له مطالبة البائع بنقصان الثمن إلا إذا رضى

---

(١) اذا ظهر أن المبيع كله معيب لا ينتفع به بطل البيع ، ويكون للمشترى حق استرداد الثمن من البائع ، ان كان نقده له

البائع بأخذ المبيع على عيبه ، فاذا زال العيب الحادث عاد للمشترى حق الرد بالعيب القديم . ويقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة الموثوق بهم ، فيقوّم المبيع سالماً ، ثم يقوم معيباً وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشترى على البائع بالنقصان . وإذا هلك المبيع المعيب فى يد المشترى فهلاكه عليه ويرجع على البائع بنقصان العيب

(تنبيه) متى أمكن رد المبيع بحال فلا يرجع المشترى على البائع بالنقصان ، من أمثلة ذلك أن يخرج المبيع عن ملك المشترى ببيع أو هبة أو يتصرف فيه تصرفاً لا يخرجه عن ملكه كاجارته أو رهنه ، ثم يعلم بالعيب بعد ذلك كله فلا يرجع بالنقصان إذ له رد المبيع بعد نقض الاجارة أو فك الرهن أو القضاء بفسخ البيع والرجوع فى الهبة (١)

وإذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر فى بعضها عيب فاما أن يكون ذلك قبل تسليم المبيع كله للمشترى أو بعد تسليمه كله اليه . وإما أن يكون فى تفريقها ضرر أولا ، فان كان قبل التسليم فالمشترى مخير إن شاء قبلها بالثمن المسمى وإن شاء ردها جميعاً ، وليس له أن يرد المعيب وحده بلا رضا البائع لأن فى ذلك تفريق الصفقة قبل التمام ، وان كان بعد تسليم المبيع كله اليه فان لم يكن فى تفريقه ضرر فللمشترى أن يرد المعيب بحصته من الثمن سالماً وليس له أن يرد الجميع بدون رضا البائع ، ومثل ذلك أن يكون المبيع قدراً معيناً من المكيلات والموزونات موضوعة فى أكثر من وعاء واحد . وان كان

---

(١) ما لم يمنع من ذلك مانع مما هو مبين فى الحالة الثانية المتقدمة فيمتنع الرد لوجود المانع ويرجع بالنقصان . والأصل فى ذلك أنه فى كل موضع أمكن المشترى رد المبيع القائم فى ملكه على البائع (برضاه أو بدون رضاه) فاذا أزاله عن ملكه ببيع أو شبهه لا يرجع بالنقصان . وفى كل موضع لا يمكنه رده على البائع فاذا أزاله عن ملكه يرجع بالنقصان

فى تفريقه ضرر ، فله أن يرد المبيع كله أو يقبله بكل الثمن ، ومثل ذلك أن يكون المبيع قدراً معيناً من المكيلات الخ موضوعاً فى وعاء واحد أو غير موضوع فى وعاء . واذا وجد فى الحنطة أو الشعير أو غيرهما من الغلال تراب فان كان قليلا بحيث لا يعد عيباً فى العرف فليس للمشترى رد المبيع ، وان كان كثيراً بحيث يعد عيبا فى العرف يخير المشترى بين أخذ المبيع بالثمن المسمى ، أو رده واسترداد الثمن ان كان مقبوضا

الغبن والتغرير

لا يفسخ البيع بالغبن الفاحش بلا تغرير الا فى مال الصغير ، والوقف وبيت المال. [1] وفيما عدا ذلك إذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال فللمغبون المغرور فسخ البيع ، فاذا مات ولم يفسخ البيع فقيل ان خيار التغرير لا ينتقل الى وارثه (قياسا على خيار الشرط) وقيل ينتقل الى الوارث (قياسا على خيار فوات الوصف) وإذا تصرف هذا المغرور فى المبيع تصرف الملاك بعد علمه بالغبن الفاحش سقط حق فسخه . وأما تصرفه فى بعض المبيع قبل علمه بالغبن فلا يمنع رد الباقى والرجوع بالثمن بعد أن يرد الى البائع مثل ما تصرف فيه ، واذا هلك عنده المبيع أو استهلك أو حدث فيه عيب أو بنى فيه بناء فلا حق له فى فسخ البيع ويلزمه جميع الثمن

خيار تفريق الصفقة

لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع فى قدر المستحق ، ويخير المشترى فى الباقى ، سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقى ام لا ، وذلك لتفرق الصفقة قبل التمام ، وكذلك لو استحق بعد قبض بعضه ، سواء استحق

---

(١) وانظر ما تقدم فى الأحكام العامة للعقود

المقبوض ام غيره ، يخير المشترى كذلك للسبب المتقدم . ولو قبضه كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ، ثم لو أورث الاستحقاق عيبا فيما بقى يخير المشترى ، وان لم يورث عيبا فيه ، كما اذا كان المبيع ثوبين استحق أحدهما ، أو كان كيليا أو وزنيا استحق بعضه ولا يضر تبعيضه ، فالمشترى يأخذ الباقى بلا خيار ، لعدم الضرر ، ويسمى هذا خيار الاستحقاق

وكذلك اذا هلك بعض المبيع قبل القبض فان المشترى يتخير فى الباقى ، لتفرق الصفقة قبل التمام ، كما يتخير فى الاستحقاق ، وفيما لو تعيب بعض المبيع قبل أن يقبضه . أما لو هلك بعد أن قبضه فهلاكه محسوب عليه ، لأنه هلك وهو فى يده وهو ملكه . وإذا هلك المبيع كله قبل القبض فان كان هلاكه بآفة سماوية (بالقضاء والقدر) ، او بفعل البائع او بفعل المبيع فان البيع يبطل ، ويجب على البائع رد الثمن إلى المشترى ان كان أخذه منه . وان كان هلاكه بفعل شخص أجنبي خير المشترى فان شاء فسخ البيع ، وان شاء أمضاه وضمن ذلك الأجنبي قيمته . وإن كان هلاكه بفعل المشترى كان محسوبا عليه ويعتبر أنه استوفى حقه

فاذا مات من له الخيار قام وارثه مقامه فى الرد ، أو المطالبة بالفرق على ما تقدم وهو فى ذلك كخيار العيب تماما .

خيار النقد

اذا اشترى شيئا على أنه إن لم ينقد ثمنه إلى مدة كذا فلا بيع بينهما صح ذلك ، وللمشترى فى هذه الحالة الخيار ، فان شاء نقد الثمن فى المدة المعينة وأخذ المبيع ، وإن شاء فسخ العقد . وكذا لو أعطى المشترى البائع الثمن على أن البائع إذا رد الثمن فى مدة كذا فلا بيع بينهما صح أيضاً ، والخيار فى هذه الحالة للبائع . وهل المدة مقدرة بثلاثة أيام فقط ، أو يجوز أن يتفقا على أى

مدة يسميانها ؟ فى ذلك خلاف نظير الخلاف المتقدم فى خيار الشرط . وهذا الخيار جائز كخيار الشرط ؛ لأن الحاجة قد تدعو اليه . وبعضهم جعل بيع الوفاء داخلا تحت هذا الموضوع . وسيأتى الكلام فيه

خيار التعيين

اذا قال البائع للمشترى بعتك أحد هذه الأثواب الثلاثة (مثلا) هذا بكذا وهذا بكذا ، وهذا بكذا ، ولك الخيار فى أيها شئت ، أو على أن تأخذ أيها شئت جاز هذا ، ويكون المبيع واحداً من هذه الثلاثة لا بعينه ، حتى اذا قبضها المشترى كان أحدها مبيعا مضمونا ، والآخران أمانة فى يده . وخيار التعيين جائز للحاجة أيضا لأجل التروى وعرض الأمر على الغير ، ولا يجوز فى أكثر من ثلاثة أشياء ، لأن بها تندفع الحاجة لوجود الجيد والوسط والردىء فيها . ويجوز أيضا فى اثنين بالأولى . ولا يكون خيار التعيين الا فى القيميات لأنها هى التى يظهر فيها التفاوت بخلاف المثليات لعدم تفاوتها . وهل يشترط لذلك الخيار مدة معينة ؟ قيل نعم ، وفائدة التوقيت أن يجبر من له الخيار على التعيين بعد مضى المدة دفعا للضرر عن الآخر اذا ماطل من له الخيار فى التعيين . وقيل لا حاجة الى التوقيت ، لأن العقد لازم من أول الأمر فى أحدها ، وإنما الخيار فى تعيينه فقط ، وقد علمت جوابه مما تقدم ، فالصواب هو توقيت التعيين بمدة معلومة منعا من اضرار المشترى بالبائع . وقد يصاحب خيار الشرط خيار التعيين وقد لا يصاحبه ، كأن تقول بعتك أحد هذين الفرسين هذا بكذا وهذا بكذا على أنى بالخيار كذا يوما ، وقد لا يشترط الخيار كما تقدم .

واذا مات من له الخيار قام وارثه مقامه فى التعيين ، لأن لمورثه مالا ثابتا فى ضمن هذه الأشياء ، فوجب عليه أن يعينه ويرد ما ليس له الى مالكه ،

ويؤدى الثمن من التركة إن لم يكن قد أدى حال الحياة .

خيار الكمية

قال فى الدر المختار لو كان الثمن فى صرة ولم يعرف مقدار مافيها من خارجها كان للبائع الخيار إذا علم كمية مافيها من الدراهم . واعترض على هذا بان الصرة يعرف مافيها من خارجها ، فالصواب أن يمثل لهذا بمثل ماإذا قال المشترى للبائع اشتريت منك كذا بما فى هذه الخابية من الدراهم ، وذلك لأن الخابية لا يعرف مافيها من خارجها . والأصل فى هذا أنه يجوز تعريف كل من المبيع والثمن بالاشارة اليهما ، فلو عرف أحدهما بالاشارة اليه اكتفى بذلك فى تعيينه فلا حاجة إذا الى بيان قدره ووصفه ، غير أنه عند الاطلاع على كميته يثبت الخيار لأجل تمام الرضا

خيار كشف الحال

وفى الدرورد المحتار أيضا أنه لو اشترى منه بوزن هذا الحجر أو بملء هذا الاناء ذهبا جاز البيع على الأصح وكان للبائع الخيار اذا انكشف الحال وظهر بعد الوزن والكيل بشرط أن يبقى كل من الحجر والاناء على حاله . ومن أمثلته أيضا ماإذا قال له بعتك هذه الصبرة من الحنطة كل أردب بكذا فللمشترى الخيار بعد معرفة قدرها ، حتى يتم رضاه بالشراء . وهذا قريب مما قبـــله

خيار ظهور الخيانة فى المرابحة والتولية والوضعية

اذا باع الانسان ماله بأكثر مما اشتراه به ، وكان قد أعلم المشترى بالثمن الاصلى وبمـا يزيده عليه ربحا له صح البيع وسمى هذا البيع بيع المرابحة فاذا اشترى دارا بألف جنيه وباعها بألف ومائتين ، ورضى المشترى بذلك

صح العقد وسمى البيع بيع مرابحة ، وكذا اذا باعها بمثل ثمنها أى بألف صح البيع أيضاً وسمى بيع تولية ، وكذا أيضا اذا باعها بتسعمائة صح البيع وسمى بيع وضيعة . ولهذه البيوع أحكام مفصلة فى مواضعها . والذى يعنينا أنه إذا ظهرت خيانة البائع وكذبه فيما ادعاه من الثمن الذى قال انه اشترى به الدار فى المثال المتقدم ، وكان ظهور ذلك باقراره أو بنكوله أو ببينة على الثمن الحقيقى كان للمشترى الخيار بأخذ المبيع بثمنه الذى اشتراه به أو برده الى البائع كما قبضه لفوات الرضا وله الحط بقدر الخيانة فى التولية والوضعية بالاتفاق ، وكذا فى المرابحة على قول أبى يوسف ، ويكون الحط فى هذه الحالة بالنسبة . وانظر الدرر ورد المحتار

حكم بيع المريض وشرائه

كل ما تقدم من الشروط انما هو بالنسبة لغير المريض مرض الموت[1] وأما هو فلا يخلو من أن يبيع لوارث أو لغيره ، وعلى كل إما أن يبيع بمثل القيمة أو بأكثر منها أو يبيع بغبن يسير أو فاحش ، وعلى كل إما أن يكون مدينا أو غير مدين فان كان مدينا فاما أن يكون الدين محيطا بتركته بعد موته أو لا . أما بيعه لوارثه فلا يجوز مطلقا ولو بمثل القيمة ، سواء أكان مدينا أم غير مدين لكن إذا أجاز البيع سائر الورثة نفذ ، وان لم يجيزوه بطل ، وأما بيعه لغير وارثه فان كان بمثل القيمة جاز مطلقا . وان كان بغبن يسير وعليه دين مستغرق لماله فان أصحاب الديون يخيرون المشترى بين أمرين إما أن يبلغ المبيع تمام قيمته ، وإما أن يفسخوا البيع ، وكذا الحكم بالأولى إذا كان الغبن فاحشا . فان كان المشترى قد تصرف فى المبيع فان القيمة تلزمه . وان كان غير مدين أو كان دينه غير مستغرق لماله فان كان النقص الذى حصل فى الثمن

(١) هو ما يغلب فيه الهلاك ويعقبه الموت فعلا

لا يزيد على ثلث التركة بعد اخراج الدين منها كان البيع نافذا لازما لأن الانسان له أن يتبرع لغير الوارث بثلث ماله ، ويؤخذ من تركته سواء أجاز الورثة ذلك أم لم يجيزوه ، وان كان النقص الذى حصل فى الثمن يزيد على ثلث التركة بعد إخراج الدين ، فان الورثة يخيرون المشترى بين أمرين إما أن يؤدى لهم الزائد على الثلث ، ليكمل لهم الثلثين وإما أن يفسخوا البيع . فلو كان لشخص ثلاثون فدانا قيمة الواحد منها مائة جنيه ، فباع فى مرض موته عشرين فدانا لغير وارثه بأقل من ألف جنيه ثم مات ، فان كان عليه دين مقداره ثلاثة آلاف جنيه أو أكثر خير المشترى بين إبلاغ الثمن الى ألفى جنيه أو يفسخ البيع وإن مات وليس عليه دين فان كان الثمن الذى باع به ألف جنيه فأكثر جاز البيع وإن كان أقل لزمه ابلاغه الى ألف أو يفسخ الورثة البيع ؛ وإن كان دينه ستمائة جنيه (مثلا) فان الباقى من التركة بعد اخراج الدين قيمته ٢٤٠٠ جنيه ، فأن كان النقص فى البيع ثمانمائة جنيه فأقل نفذ البيع ولزم ، وان كان أكثر من ثمانمائة لزمه تأدية الزائد للورثة حتى يكمل لهم ١٦٠٠ جنيه وهو مقدار الثلثين بعد إخراج الدين ، وهكذا

(بيع الفضولى [١]) من باع ملك غيره لآخر بدون إذن المالك فهو فضولى ينعقد بيعه موقوفا على اجازة المالك فان أجازه نفذ وان لم يجزه بطل والاجازة تكون بالقول كأن يقول المالك أجزت البيع أو يخاطب الفضولى بقوله أحسنت أو أصبت (غير مستهزىء به) وبالفعل كأخذه الثمن ، وأما سكوته فلا يدل على الرضا ، ومتى أجاز المالك الفضولى اعتبرت

---

(١) الفضولى هو الذى يشتغل بما لا يعنيه نسبة الى الفضول جمع فضل ، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه ، ولهذا نسب اليه على لفظه

أجازته توكيلا ، وصار حكم الفضولى كحكم الوكيل فيطالبه المالك بالثمن ان كان قبضه من المشترى ، فان لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشترى على أدائه للمالك لكن ان دفعه اليه صح وبرىء المشترى . ولا تعتبر الاجازة إلا اذا كان كل من البائع والمشترى والمالك موجودا والمبيع قائما على حاله لم يتغير تغييرا يعدبه شيئا آخر . وأن يكون الثمن باقيا ان كان عرضا معينا وذلك لأن الاجازة فى حكم البيع ؛ ولابد فى البيع من وجود ما ذكر . وإن لم يجز المالك بيع الفضولى وكان المشترى قد أدى الثمن للفضولى غير عالم وقت لأداء أنه فضولى فله الرجوع عليه بالثمن إن كان قائما وبمثله إن كان هالكا ، فان أدى اليه الثمن عالما أنه فضولى وهلك الثمن فى يده بدون تعدعليه فلا رجوع له عليه بشىء منه لأن الثمن حينئذ أمانة فى يده ، واذا سلم الفضولى للمشترى العين التى باعها له بدون اذن مالكها فان كانت قائمة استردها المالك وإن هلكت فى يد المشترى فللمالك أن يضمن قيمتها المشترى أو الفضولى وأيهما اختار ضمانه برىء ، أما المشترى فلهلاك العين فى يده وأما الفضولى فلتعديه على ملك غيره بدون حق شرعى

(تنبيه) اذا اشترى الفضولى لغيره شيئا ، فان الشراء ينفذ على الفضولى نفسه وذلك لصلاحية ذمته لأن تكون محلا للثمن ، وهذا بخلاف البيع لأن المبيع مملوك لغيره

شروط المبيع واوصافه

يلزم أن يكون المبيع موجودا وأن يكون مالا متقوما مقدور التسليم وأن يكون معلوما عند المشترى علما نافيا للجهالة الفاحشة . وذلك العلم يكون بالاشارة الى المبيع اذا كان حاضرا فى مجلس البيع ، أو ببيان أحواله وأوصافه المميزة له عن غيره اذا كان غائبا . والمبيع يتعين

بتعيينه فى العقد ، فيلزم البائع أن يسلمه بعينه للمشترى ولا يستبدل به غيره

(بيع المشاع) يصح بيع حصة شائعة معلومة المقدار من عقار قبل افرازها ، ولو بدون إذن الشريك . فاذا كانت تلك الحصة من بناء أو شجر أو زرع ، ففى جواز بيعها تفصيل ، فيجوز البيع اذا لم يكن فيه ضرر للبائع أو المشترى أو الشريك فان كان فيه ضرر لواحد منهم فالبيع فاسد ، فان كان البناء فى أرض محتكرة فانه يجوز لأحد الشريكين أن يبيع حصته فى البناء للشريك الآخر أو لأجنبى ، إذ الأرض المحتكرة مادامت تدفع أجرتها ، فلا حق لأحد فى مطالبة أصحاب البناء وبعضهم يرى أن الشريك الأول له حق أخذ الحصة المبيعة لأجنبى بالشفعة مستدلا بأن البناء فى الأرض المحتكرة له حق القرار مادامت الأجرة تدفع ، فهو إذاً فى حكم العقار . ومثل البناء فى الصورة المتقدمة الشجر والزرع

واذا بيعت حصة شائعة من الثمر بعد نضجه أو الزرع بعد إدراكه أو الشجر بعد بلوغ أوان قطعه للشريك أو لأجنبى صح البيع إذ لا ضرر ، وأما اذا باع أحد الشريكين للآخر حصته المشاعة كلها أو بعضها من الزرع قبل إدراكه أو من الثمر قبل بدو صلاحه أو من الشجر قبل بلوغ أوان قطعه فان كانت الأرض مملوكة للمشترى ، أو كانت مستأجرة له ، أو كان البائع قد باع حصته أيضا من الارض لشريكه فان البيع يكون صحيحا فى ذلك كله لانتفاء الضرر . وان كانت الارض ملكا للبائع فان البيع لا يصح لان البائع ربما كلف المشترى قلع زرعه فيتضرر . وإذا باع أحد الشريكين حصته المذكورة لغير شريكه بدون بيع الارض فسد البيع فان لم يفسخ العقد حتى استوى الثمر وأدرك الزرع وبلغ الشجر انقلب البيع صحيحا . ويفسد البيع أيضا اذا بيع الزرع كله قبل ادراكه بدون الارض ؛ لان البائع ربما طالب المشترى بقلع الزرع فيتضرر المشترى فاذا لم يفسخ العقد حتى أدرك الزرع انقلب العقد جائزا

(بيع المرهون والمستاجر) ينعقد موقوفا على إجازة المرتهن والمستأجر أو سقوط حقهما ، فان أجاز البيع أو انفسخت الاجارة أو مضت مدتها ، أو قضى الراهن دينه أو أبرأه المرتهن منه نفذ البيع . ولا ينزع العقار من المستأجر حتى يستوفى ماقدمه من الأجرة غير المستحقة ، وقيل لا حق له فى حبس العقار إلا إذا أجاز البيع دون التسليم ، فان أجازهما كليهما بطل حق حبسه . وليس للمستأجر والمرتهن فسخ البيع ولا للمؤجر والراهن ، وأما المشترى فله خيار الفسخ قبل الاجازة سواء كان يعلم بالاجازة والرهن أم لا ، وقال أبو يوسف: له خيار الفسخ ان لم يعلم بالاجازة والرهن ، ويسمى هذا خيار ظهور الشىء مرهونا أو مستأجرا

ما يجوز بيعه وما لا يجوز

تقدم أن شروط الانعقاد فى المعقود عليه ستة ، فاذا توافرت كلها فى شىء واحد جاز بيعه ، وان تخلف شرط منها بطل البيع ، وقد تقدمت امثلتها وما استثنى منها

وبمراجعتها تعلم ان بيع المعدوم باطل فلا يجوز بيع الثمر قبل ظهوره ولا بيع الزرع قبل نباته ولا بيع الحمل ، ولكن الثمار التى ظهرت وانعقدت يجوز بيعها وهى على شجرها سواء اكانت صالحة للأكل ام لا ، وكذا كل ما تتلاحق افراده وتبرز شيئا فشيئا كالفواكه والازهار والخضر إذا ظهر اكثره فانه يجوز بيع ما لم يظهر تبعا لما ظهر صفقة واحدة ، لان الاقل يجوز ان يكون تابعا للاكثر ، فلو كان الذى ظهر مساويا للذى لم يظهر أو أقل منه ، وبيعا صفقة واحدة ، فقيل ان البيع لا يصح ، لان الشىء لا يجوز ان يكون تابعا لمساويه او للاقل منه ، وقيل يجوز البيع للتعامل دفعا للحرج

ومما لا يجوز بيعه حق التعلى ؛ لانه ليس بمال بل هو حق متعلق

بالهواء. وأما اذا كان العلو قائما فانه يجوز بيع العلو سواء أكان ملكا لصاحب السفل أم لغيره ، ويكون سطح السفل لصاحب السفل ، وللمشترى حق القرار دائما فاذا انهدم العلو كان له أن يبنى على السفل علوا آخر مثل الأول

كيفية بيع المبيع

ما يكون ثمنا وما يكون مبيعا : ـ الثمن هو مايثبت دينا فى الذمة عند المقابلة والأموال تنقسم الى ثلاثة أقسام ، قسم يكون دائما ثمنا وهو النقود ، وقسم يكون دائما مبيعا وهوالقيميات وقسم متردد بين ان يكون ثمنا أو مبيعا وهو المكيل والموزون والعددى المتقارب ؛ فانها اذا عينت فى العقد كانت مبيعة ، وان لم تعين فان دخلت عليها الباء وقابلها مبيع فهى ثمن والا فهى مبيعة .

بيع الميكيلات والموزونات بمكيلات وموزونات مع اتحاد الجنس أو اختلافه اذا بيعت بغير جنسها كبيع قمح بشعير ، وعسل بسمن ، صح البيع ولو مع التفاوت فى القدر بشرط أن يكون البيع يدا بيد لا نسيئة ، وان بيعت بجنسها كبيع قمح بقمح أو زيت بزيت صح البيع بشرط المساواة كيلا ووزنا وبشرط القبض ، لقوله ﷺ « الذهب بالذهب، والفضة بالفضة ، والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل سواء ، بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد » ولا يعتبر التفاوت فى أجناس المكيلات والموزونات بين الجيد والردىء ، ويكفى العلم بتساوى البدلين فى مجلس العقد فلو تبايعا مكيلا بمكيل من جنسه او موزونا بموزون من جنسه مجازفة وعلم التساوى فى المجلس جاز

كيفية بيع المقدرات وبيان ما يصح من ذلك وما لا يصح:

المقدرات هى المكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات . وهى تنقسم الى قسمين «الأول» مالا يضره التبعيض وتكون قيمة أجزائه منفردة كقيمتها مجتمعة ، ويدخل تحته المكيلات والعدديات المتقاربة وبعض الموزونات والمذروعات «والثانى» ما يضره التبعيض أو تتفاوت قيم آحاده. فالأول كبعض الموزونات والمذروعات التى لا تكون قيمة أجزائها على انفرادها كقيمتها مجتمعة ، كالأحجار الكريمة وكثير من المصنوعات والأدوات ، والثانى كقطيع من غنم .

وبيع المقدرات على أربع كيفيات :

(الكيفية الأولى) أن تباع جزافا كبيع صبرة حنطة وزق عسل وثوب جوخ وسفط بيض بدون بيان كيل ووزن وذرع وعدد ، وهذا البيع صحيح بشرط أن يكون المبيع مميزا مشارا اليه

(الكيفية الثانية) أن تباع جملة منها مع بيان ثمن كل فرد أو قسم منها ، كبيع ما ذكر فى الكيفية الأولى ببيان ثمن الأردب من الحنطة والرطل من العسل والذراع من الجوخ والبيضة الواحدة ، وهذا البيع صحيح أيضا

وفى هاتين الكيفيتين لا فرق بين ما يضره التبعيض ومالا يضره ، لأن البيع متعلق بالجملة كلها ، فلا خوف ولا ضرر ولا نزاع .

(الكيفية الثالثة) أن تباع جملة منها مع بيان مقدارها وثمنها ، كأن يقول بعتك هذه الصبرة من القمح على أنها عشرون أردبا بخمسة وعشرين جنيها ، وما فى هذا الاناء من الزيت على أنه خمسة قناطير بعشرة جنيهات ، وهذا الفص من الألماس على أنه خمسة قراريط بمائتى جنيه ، وهذا الثوب من الجوخ على أنه عشر أذرع بثمانية جنيهات ، وهذا القطيع من الغنم على أنه أربعون شاة بستين

جنيها ، وهذا السفط من البيض على أنه مائة بيضة بعشرين قرشا ، وحكم هذا البيع أن المبيع إذا وجد عند التسليم تاما صح البيع فى الجميع ، وإذا ظهر زائدا فيما لا يضره التبعيض كالقمح والزيت والبيض يرد الزائد الى البائع ، لأن ذلك لا يفضى الى النزاع ، أما إذا أفضى الى النزاع كما هو الشأن فى العددى المتفاوت فالبيع فاسد لأن القطيع المذكور ان ظهر خمسا وأربعين شاة ، فان الشياه الزائدة غير متعينة فيقع النزاع : وفيما يضره التبعيض كالفص والثوب يأخذه المشترى بالثمن المسمى ، ولا خيار للبائع فى هذه الحالة ، واذا ظهر ناقصا فى العددى المتفاوت يفسد البيع وفى غيره مما لا يضره التبعيض يخير المشترى بين أن يفسخ البيع أو يأخذ الموجود بحصته من الثمن ، فاذا ظهر أن الزيت أربعة قناطير ونصف ، فانه يأخذه بتسعة جنيهات ، وفيما يضره التبعيض يخير المشترى بين فسخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن ؛ لأن النقص لا يقابله شىء من الثمن فى هذه الحالة

(الكيفية الرابعة) أن تباع جملة منها مع بيان مقدارها وثمن آحادها ، كأن يقول بعتك هذه الصبرة من القمح على أنها عشرون اردبا كل اردب بمائة وخمسة وعشرين قرشا ، وما فى هذا الاناء من الزيت على أنه خمسة قناطير كل قنطار بجنيهين ، وهذا الطست من النحاس على أنه ثلاثون رطلا كل رطل بخمسة قروش . وهـــذا الثوب من الجوخ على أنه عشر أذرع كل ذراع بثمانين قرشا ، وهذا القطيع من الغنم على انه أربعون شاة كل شاة بمائة وخمسين قرشا ، وهذا السقط من البيض على أنه مائة بيضة كل بيضة بخمسة قروش ، وحكم هذا البيع أن المبيع اذا ظهر عند التسليم تاما صح البيع فى الجميع ، واذا ظهر زائدا فى العددى المتفاوت يفسد البيع منعا للنزاع ، وفيما لا يضره التبعيض يرد الزائد الى البائع ، وفيما يضره التبعيض يخير المشترى بين فسخ البيع أو اخذ

المبيع بحصته من الثمن . واذا ظهر ناقصا فالمشترى مخير فى الجميع بين فسخ البيع ، وبين اخذ الموجود بحصته من الثمن

وفى الصور التى يخير فيها المشترى من كل ماتقدم إذا قبض المبيع مع علمه بأنه ناقص لايخير فى الفسخ بعد القبض

وكل ماجاز بيعه منفردا جاز استثناؤه من البيع فلو باع ثمر شجرة واستثنى منه كذا رطلا على أنه له صح البيع . واذا باع بقرة إلا جنينها فلا يصح البيع لأن الجنين لايصح بيعه منفردا . وكما يصح بيع العقار بالمتر أو الذراع يصح بيعه بتعيين حدوده

مايدخل فى البيع تبعا ومالا يدخل

يدخل فى البيع كل مايتناوله اسم المبيع عرفا فيدخل فيه جميع أجزاء المبيع وما اتصل به على نية القرار

وأما حقوق المبيع كالطريق الخاص فانه لايدخل فى البيع تبعا الا اذا ذكر فى عقد البيع باسمه الخاص أو باسم عام يتناوله كالحقوق والمرافق

وهاك البيان بالتفصيل:

مسائل هذا الباب مبنية على ثلاث قواعد:

(الأولى) كل مايتناوله اسم المبيع عرفا يدخل فى المبيع بدون ذكره تبعا

(الثانية) كل ماكان متصلا بالمبيع اتصال قرار سواء أكان اتصاله خلقيا أم صناعيا ، فانه يدخل فى المبيع بدون ذكره تبعا

(الثالثة) مالم يكن من القسمين السابقين ان كان من حقوق المبيع أى توابعه التى لابد له منها كالطريق الخاص [1] والشرب والمسيل فانه يدخل فى المبيع

---

(١) اذا لم يدخل الطريق فى المبيع وليس له مسلك الى الشارع ، فللمشترى أن يرده للبائع ان لم يعلم بذلك وقت المبيع

تبعا اذا ذكرت الحقوق أو المرافق ، بأن يقول بعت لك هذه الدار أو الأرض بمرافقها وبحقوقها . فان لم تذكر الحقوق أو المرافق فلا يدخل شيء من ذلك وما لم يكن من القسمين السابقين ولا من الحقوق فلا يدخل فى البيع الا بذكره صريحا ، فلا يدخل الثمر فى بيع الشجر الا اذا اشترطه المشترى سواء بيع الشجر مع الأرض أو وحده ، وكل ما لقلعه مدة ونهاية معلومة فهو مثل الثمر ، وكذا الزرع اذا نبت وله قيمة ، فان لم ينبت أو نبت ولا قيمة له فانه يكون تبعا للارض اذا بيعت بدون ذكره وذلك لسقوط تقومه ، فاذا رضى المشترى ببقاء الزرع بأجر المثل حتى يدرك صح ذلك وكان الزرع للبائع .

ويتفرع على القاعدتين الأوليين دخول البناء فى بيع الدار وما كان مثبتا فى أرضها خلقة كالحجارة الخلقية وكذا بستانها الداخل فيها ، وأما الخارج عنها فان كان أصغر منها فهو تابع لها ، وان كان مساويا لها أو أكبر منها فهو غير تابع لها . وما لا يكون من بناء الدار ولا من توابعه فلا يدخل فى البيع الا اذا جرت بذلك العادة وجرى به العرف . ويدخل فى بيع الأرض تبعا بلا ذكر الأشجار المغروسة فيها للبقاء ، وأما الأشجار اليابسة التى لا ينتفع بها الا حطبا والأشجار المغروسة التى تنقل من مكانها إلى مكان آخر فلا تدخل فى البيع إلا اذا ذكرت وما ليس لقطعه مدة ونهاية معلومة كأصول الرطبة والقصب فانه يدخل فى المبيع تبعا كالشجر

وما كان فى حكم جزء من المبيع بأن كان لا ينتفع بالمبيع إلا به فانه يدخل فى المبيع بلا ذكر ، فاذا بيعت بقرة حلوب لأجل لبنها يدخل رضيعها فى البيع تبعا . وإذا وقع خلاف بين البائع والمشترى فى شيء مما تقدم فالمرجع هو العرف وبه يرفع الخلاف . وكل ما يدخل فى البيع تبعا اذا هلك قبل

التسليم لا يقابله شيء من الثمن ، فلو اشترى دارا فانهدم بناؤها قبل التسليم خير المشترى ان شاء أخذها بكل الثمن وإن شاء ترك ، والزوائد التى تحصل فى المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والنتاج تكون حقا للمشترى

الثمن وما يتعلق به من الأحكام

الفرق بين القيمة والثمن أن القيمة هي ما توافق مقدار مالية الشيء وتعادله بحسب تقويم المقومين ، والثمن ما يقع به التراضى ، وقد يكون وفق القيمة أو أزيد أو أنقص منها . ويشترط لصحة المبيع تعيين الثمن فى العقد وكونه معلوما للعاقدين ، فاذا لم يذكر الثمن أو ذكر وكان أحد العاقدين أو كلاهما لا يعرف معناه لم يصح البيع ، كما لو قال البائع للمشترى بعت لك هذا الشيء بثلاثين دولاراً مع جهلهما أو أحدهما قيمة الدولار

والثمن إما أن يكون حاضراً أو غائباً فان كان حاضراً علم بمشاهدته والاشارة اليه ، وإن كان غائباً علم بوصفه وبيان قدره

وإذا تعددت أنواع النقود المضروبة من الذهب والفضة وغيرهما فى بلد وكانت كلها رائجة لكن مقاديرها مختلفة (كالجنيه المصرى والجنيه الانجليزى والجنيه المجيدى والبنتو ، وكأنواع الريال التى كانت متداولة بمصر قبل أن تضرب هذه النقود الجديدة) يلزم أن يبين فى العقد نوع الثمن منها ، وإلا فسد العقد ، ولكن إذا بين بعد ذلك فى المجلس ، ورضى به الآخر ينقلب العقد صحيحاً لارتفاع الفساد قبل تقرره ، إذ تقرره وتحققه لا يكون إلا بعد الافتراق . واذا وصف الثمن فى العقد لزم المشترى أن يؤديه من صنف النقود الموصوفة ، ولكن اذا كان الثمن مبيناً بمقدار من الوحدات التى تذكر غير مقصودة لذاتها بل لبيان مقدار الثمن بها كالفرنك والقرش ، فانه يجوز إعطاء الثمن من مضاعفاتها كالبنتو والجنيه الخ . ولما كانت قيمة النقود

قد تختلف باختلاف البلاد أو تروج فى مكان دون مكان ،كما هو المشاهد فى النقود الفضية ، وربما تكون النقود رائجة فى زمن ثم تكسد بعد ذلك ، كان من اللازم توفية البائع حقه غير منقوص وأن لا يظلم المشترى ، فاذا أدى الثمن فى غير البلد الذى حصل فيه العقد وجب أن تكون قيمة المؤدى لا تزيد ولا تنقص عن قيمة الثمن فى مكان العقد ، واذا حل زمن الايفاء وكانت النقود التى عين منها الثمن قد كسدت أو انقطعت أو رخصت أو غلت فلا يجب على المشترى إلا دفع قيمتها وقت البيع

تاجيل الثمن وتقسيطه

يصح البيع بثمن حال ومؤجل الى أجل معلوم طويلا كان أو قصيراً ، ويجوز أن يكون مقسطاً على أقساط معينة ويؤدي كل قسط فى ميعاده ، فان تأخر عن أداء قسط لا تصير الأقساط الأخرى حالة ، الا اذا كان ذلك مشروطاً فى العقد

ومدة الأجل إذا حددت بتاريخ معين (كأن يتفق البائع والمشترى على تأدية الثمن فى أول يناير سنة ١٩١٠) فانها تنتهى بحلول الزمن المعين ، واذا كانت منكرة (كأن يتفق البائع والمشترى على تأدية الثمن بعد سنة) فان كان البيع فيه خيار فان المدة تبتدىء منذ سقوط الخيار ، وإن لم يكن فيه خيار فاما أن يمتنع البائع من تسليم المبيع للمشترى أو لا يمتنع ، فان امتنع كان ابتداء الأجل من وقت التسليم ، وان لم يمتنع فابتداء الأجل من وقت العقد . فاذا مات المشترى فى أثناء المدة فان الأجل يحل بموته ولا يحل بموت البائع . واذا لم يدفع المشترى الثمن حالا اذا كان معجلا أو عند حلول الأجل إن كان مؤجلا فلا يفسخ البيع بل يجبر المشترى على دفع الثمن ، فان امتنع يباع من متاعه ما يفي بالثمن المطلوب منه ، ولا يجوز للقاضي

أن يمهل المشترى فى دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشترى معسراً لا يقدر على الوفاء فينتظر إلى الميسرة . وليس للمشترى أن يحبس الثمن الحال بعد قبض المبيع إلا اذا استحق المبيع بالبينة وفسخ البيع قبل أداء الثمن . والبيع المطلق الذى لم يذكر فى عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلا الا إذا جرى العرف بالتأجيل أو التقسيط فانه يعمل بالعرف .

واذا بيعت سلعة بمثلها أو صرفت نقود بنقود يسلم البدلان معاً لاستوائهما فى تعين كل منهما ، فلا حاجة الى تقديم أحدهما فى الدفع ، وأما اذا بيعت سلعة بثمن وكانت السلعة حاضرة دفع المشترى الثمن أو لا ثم قبض المبيع ، لأن حق المشترى تعين فى المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه لا يتعين بالتعيين ، فان كان المبيع غائباً لا يلزم المشترى دفع الثمن ، وكذا اذا كان للمشترى فى البيع خيار ، فان كان الخيار للبائع فله أن يطالب المشترى بالثمن ولو أخذه لا يسقط خياره

تصرف البائع فى الثمن والمشترى فى المبيع بعد العقد وقبل القبض

(**التصرف فى الثمن**) الثمن قسمان : « الاول » أن يكون حاضراً كما لو اشترى بيتاً بهذه القناطير من القطن أو بهذه الدراهم فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة أو بيع أو غير ذلك . « الثانى » أن يكون ديناً فى الذمة كما لو اشترى بيتاً بمائة قنطار من القطن أو بثلاثمائة جنيه فى الذمة فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه للمشترى بعوض أو بغير عوض ، كأن يكون البائع قد اشترى شيئاً بالثمن الذي له عليه أو استأجر به داراً له أو يهب الثمن للمشترى .

ولا يجوز تمليك الدين لغير من هو عليه إلا بالحوالة أو الوصية أو تسليط الدائن غيره على قبض الدين من المدين .

(التصرف فى المبيع) اذا هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يقبضه المشترى فسخ العقد ؛ وكل عقد يفسخ بهلاك العوض قبل القبض لا يجوز التصرف فى ذلك العوض ، فينتج من ذلك أنه لا يجوز التصرف فى المبيع قبل قبضه ، ولكن اذا كان المبيع لا يخشى هلاكه قبل قبضه كالعقار صح بيعه ، لانتفاء المحذور وهو انفساخ العقد على تقدير هلاك المبيع ، اذ هلاك العقار نادر ، وأما المنقول فلا يصح بيعه قبل قبضه لما تقدم [١] فاذا اشترى مكيلا أو موزوناً أو معدوداً بشرط الكيل أو الوزن أو العد فلا يصح بيعه حتى يكال ويوزن ويعد ، لاحتمال الزيادة ، ولأن الكيل الخ من تمام القبض وأما الشراء مجازفة ، فلا يتوقف التصرف فيه على بيان مقداره لأن المبيع متعين بالاشارة اليه لا ببيان مقداره

حبس المبيع لقبض الثمن

الثمن إما أن يكون كله حالا أو كله مؤجلا أو يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا . فان كان الثمن مؤجلا فى عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق له فى حبس المبيع بل يلزم بتسليمه الى المشترى ولا يطالبه بالثمن إلا بعد حلول الأجل ، وإن كان الثمن حالا كله أو بعضه فللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن كله أو بعضه المشترط تعجيله ، فان باع أرضا بألف جنيه حالة أو نصفها حال ونصفها الآخر يدفع بعد سنة

(١) وأما العقود التى لا تتم الا بالقبض كالهبة والرهن فانها تجوز فى المبيع قبل قبضه مطلقا ، وكذا الوصية لانها أخت الميراث . واذا باع المشترى العين التى اشتراها قبل قبضها وسلط المشترى الثانى على القبض صح ذلك

فله حق حبس الأرض حتى يقبض من المشترى ألف جنيه فى الصورة الأولى وخمسمائة جنيه فى الصورة الثانية

فاذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع . وإذا أعطى المشترى البائع رهنا أو كفيلا أو أبرأه البائع من بعض الثمن فلا يسقط حق البائع فى حبس المبيع ، بل له حبسه حتى يستوفى الثمن بتمامه ، وذلك لأنه ليس للبائع فى حالة الرهن أن يبيع المرهون ويستوفى الثمن منه إلا باذن المشترى ورضاه إذ له حبسه فقط حتى يستوفى دينه . وفى حالة الكفالة لم يستفد البائع شيئا إلا أنه بعد ان كان يطالب واحدا أصبح يطالب اثنين ، واما الابراء من بعض الثمن فلا يسقط حق البائع من مطالبة المشترى بالباقى ، وإذا أحال البائع أحدا على المشترى بكل الثمن ان لم يكن قبض منه شيئا أو بما بقى له منه إن كان لم يقبضه كله وقبل المشترى الحوالة سقط حق البائع فى حبس المبيع ولكن إذا أحال المشترى البائع بالثمن كله إن كان كله فى ذمته أو بما بقى فى ذمته إن كان أدى بعضه وقبل البائع الحوالة سقط حقه فى حبس المبيع - وهذا على قول أبى يوسف وقال محمد لا يسقط حق حبس البائع للمبيع فى هذه الحالة ، وحجة أبى يوسف أن البائع انتقل دينه الى ذمة شخص آخر غير المشترى وهو المحال عليه ، فليس له حينئذ حق مطالبة المشترى ، وإذاً لا حق له فى حبس المبيع عنه لانه غير مدين له بعد الحوالة ، وحجة محمد أن الثمن وإن كان قد انتقل الى ذمة المحال عليه لكن حق مطالبة البائع به لم يسقط ، وإذا يكون له الحق فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن . وإذا بيع شيئان أو أكثر صفقة واحدة وبين ثمنهما جملة واحدة أو ثمن كل منهما على حدته فللبائع حبس المبيع ، كله حتى يستوفى كل الثمن ، فاذا كان لشخص

أرض و نزل وبستان باعها صفقة واحدة وكان ثمن الأرض ثلاثة آلاف جنيه ، والمنزل ألفين ، والبستان ألفا ، فأدى المشترى من الثمن ألفي جنيه ، وطلب إلى البائع أن يسلمه المبيع كله أو المنزل فأبى البائع أن يسلمه شيئا من ذلك حتى يؤدى كل الثمن فللبائع الحق فى هذا المنع حذار تفريق الصفقة ، وقيل يلزم البائع أن يسلم المشترى ما دفع ثمنه إذ لا حق له فى حبس شيء بثمن شيء آخر

هلاك المبيع وموت احد المتبايعين مفلسا

المبيع إذا هلك فاما أن يكون هلاكه بفعله (كأن يكون حيوانا فيقتل نفسه) أو بفعل البائع أو المشترى أو شخص أجنبي أو بدون فعل أحد ، فان هلك قبل القبض بفعل نفسه أو بفعل البائع أو بدون فعل أحد بطل البيع ويرجع المشترى على البائع بالثمن إن كان مدفوعا ، وذلك لأن المبيع مضمون بالثمن فيسقط الثمن بهلاكه ، وإن هلك قبل القبض بفعل أجنبي فللمشترى الخيار إن شاء أمضى البيع ودفع الثمن ورجع على المتعدى ، وإن شاء فسخ البيع ، فيضمن البائع المتعدى قيمة المبيع اذا كان قيميا أو مثله ان كان مثليا . وان هلك بفعل المشترى ، فان كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشتري فعليه ثمنه ، وإن كان البيع فاسداً أو بشرط الخيار للبائع لزمه مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيمياً

وإذا مات المشترى مفلساً بعد تأدية الثمن فالمبيع ملكه خاصة سواء قبضه من البائع أم لم يقبضه أما إذا مات مفلساً قبل تأدية الثمن ، فاما أن يكون قد قبض المبيع أولا ، فان لم يكن قبض المبيع فللبائع أن يحبسه حتى يستوفى ثمنه من تركة المشترى أو يبيعه القاضى ، ويؤدى للبائع حقه من ثمنه ، فلو زاد الثمن عن حق البائع يدفع الزائد لباقى الغرماء ، وان نقص

عن حق البائع أخذ البائع الثمن الذى بيع به ، ويكون فى البـــاقى أسوة الغرماء [١] ، وإن كان المشترى قد قبض المبيع ثم مات مفلساً قبل أداء الثمن فليس للبائع استرداد المبيع ، بل يكون مثـــل الغرماء فيقتسمونه جميعاً [٢] واذا قبض البائع الثمن ثم مات مفلسا قبل تسليم المبيع للمشترى فالمشترى أحق به من سائر الغرماء ، لانه كالامانة عند البائع وان كان مضمونا بالثمن — وله أخذه إن كانت عينه قائمة أو استرداد الثمن ، إن كان هلك عند البائع أو عند ورثته

تسليم المبيع ومكانه ووقته ونفقاته

إذا لم يوجد مقتض لحبس المبيع وجب على البائع أن يسلمه إلى المشترى وتسليم المبيع بالتخلية بينه وبين المشترى على وجه يتمكن المشترى من قبضه بدون أن يمنعه مانع ، ومتى حصل التسليم صار المشترى قابضا للمبيع

وكيفية التسليم تختلف باختـــلاف المبيع ، لأنه إما أن يكون عقارا أو منقولا . فان كان عقارا (كالأراضى والدور) فتسليمه يكون بالتخلية بينه وبين المشترى بحيث يتمكن من قبضه ، فان لم يتمكن من قبضه بأن منعه شخص آخر من وضع يده على الأرض أو الدار فلا تعتبر التخلية قبضاً ، ويشترط أن يكون العقار قريبا من المشترى لا بعيدا عنه . فلو أذن له بقبضه فى حالة البعد . فلا يكون المشترى قابضا بمجرد الاذن وذلك لأن القبض الحقيقى لا يتصور فى هذه الحالة ، وهذا هو رأى الصاحبين ، واما الامام فانه اعتبر التخلية قبضاً مطلقا سواء كان العقار قريبا أم بعيدا . واذا كان

---

(١) وانما كان أحق به من سائر الغرماء (اذ لم يكن قبض الثمن) لأنه كان له حق حبس المبيع الى قبض الثمن فى حياة المشترى فكذا بعد موته

(٢) لأن المشترى ملكه وانتقل بعد موته الى ورثته وتعلق به حق غرمائه .

العقار مما له قفل كالدار أو الخان فتسليمه يكون أيضاً باعطاء المشترى مفتاحه مع الاذن له بقبضه والتخلية بينهما . ويشترط أيضاً أن يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بملك البائع ، فان كان داراً مشغولة بمتاع البائع أو أرضا مشغولة بزرعه ، فلا يصح التسليم إلا إذا فرغ الدار من المتاع والأرض من الزرع . وإن كان المبيع منقولا فتسليمه يكون بطريقتين : « الاولى » أن يتناوله المشترى من يد البائع ، وهذا هو القبض الحقيقى ، « والثانية » التخلية والاذن بالقبض ، وهذا يسمى قبضاً حكميا أى ان الأحكام المترتبة عليه كأحكام القبض الحقيقى ، فان كان المبيع داخل مخزن أو نحوه يكون تسليمه بدفع مفتاح المخزن الى المشترى مع الاذن له بالقبض ، وكيل المكيلات ووزن الموزونات بأمر المشترى ، ووضعها فى الأوعية التى أعدها لها يعتبر تسليما . وإذا قبض المشترى المبيع ورآه البائع وهو يقبضه ولم يمنعه من قبضه يعتبر ذلك إذناً من البائع له بالقبض سواء كان قد أدى اليه الثمن أم لم يؤده ، فان قبض المشترى المبيع قبل تأدية الثمن المستحق أداؤه بدون إذن البائع لا صراحة ولا دلالة (كالصورة المتقدمة) فلا يكون قبضه معتبراً وللبائع حق استرداده ، ، فان هلك المبيع فى يد المشترى ينقلب القبض معتبراً ويلزم المشترى بأداء ما فى ذمته من الثمن ، واذا كان المبيع موجوداً وقت العقد تحت يد المشترى فاما أن تكون يده يد ضمان أو يد أمانة ، فان كانت يده يد ضمان بأن يكون قد اغتصبه أو اشتراه بعقد فاسد ثم اشتراه بعقد صحيح فان القبض الأول يقوم مقام القبض الثانى ، وإن كانت يده يد أمانة بأن كان قد استعاره ثم اشتراه بعقد صحيح فلا بد من قبضه بعد ذلك العقد ، فاذا لم يقبضه بعد العقد فهلك فانه يهلك على البائع لا على المشترى اعتباراً للقبض الأول .

أين التسليم ومتى يكون ؟ المشترى إما أن يشترط وقت العقد تسليم المبيع فى محل معين أو لا ؛ ففى الحالة الأولى يجب على البائع تسليمه فى ذلك المكان المعين ، وفى الحالة الثانية إما أن يكون المشترى عالماً بالمكان الذى فيه المبيع وقت العقد أو غير عالم به ، فان كان عالماً لزمه تسلم المبيع فى المحل الذى كان يعلم بوجوده فيه ، وان كان غير عالم فله الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أمضاه وتسلم المبيع حيث كان

وقد علمت مما تقدم ان الثمن يجوز تأجيله وعلمت متى يحبس المبيع لقبض الثمن ومتى يسقط حق حبسه فاذا نقد المشترى الثمن للبائع وجب على البائع تسليم المبيع له فى الحال ، وكذا لو كان الثمن مؤجلا على ما تقدم فى موضعه ، فلو اشترط البائع فى عقد البيع تأجيل المبيع المعين وتسليمه فى وقت كذا فسد البيع ، لأن الأجل فى المبيع المعين لا معنى له وذلك أن الأجل شرع ترفيهاً (أى تخفيفاً وتوسيعاً) فيليق بالديون دون الأعيان لأن الديون ليست معينة فى البيع ، فيحصل بالأجل الترفيه . وأما المبيع المعين فانه معين حاضر لا فائدة فى الالزام بتأخير تسليمه ، إذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون اضراراً بالمشترى من غير نفع البائع. ولو شرط المشترى أخذ المبيع فى وقت كذا قبل نقد الثمن للبائع جاز ذلك

نفقات التسليم ولوازم تمامه : النفقات المتعلقة بالثمن كعده ووزنه ومصاريف الحمل وأجرة كتابة السندات والحجج تلزم المشترى ، ومصاريف التسليم كأجرة الكيل والوزن والقياس تلزم البائع

خلاصة فى احكام انواع البيع

اى الأثر المترتب على كل نوع منها

ينقسم البيع الى صحيح ، وغير صحيح . والصحيح الى موقوف ونافذ ، والنافذ الى لازم وغير لازم — وغير الصحيح الى فاسد ، وباطل . ولكل من هذه الأنواع حكم يخصه

حكم البيع اللازم : ثبوت ملك المشترى للمبيع وملك البائع للثمن فى الحال ، فينتقل ملك المبيع للمشترى أو لورثته ان مات قبل قبضه وكذا حكم الثمن بالنسبة للبائع ، ويترتب على هذا البيع الأمور الآتية :ـ

الأول: إلزام المشترى بدفع الثمن إن كان المبيع حاضراً والثمن نقداً وتأديته حالا ان كان حالا ، أوعند حلول الأجل ان كان مؤجلا

الثانى : إلزام البائع بعد قبضه الثمن الحال بتسليم المبيع للمشترى ، فلو كان الثمن مؤجلا ،ولو بعد العقد ألزم البائع بتسليم المبيع قبل قبضه الثمن

الثالث : ضمان البائع الثمن للمشترى إن استحق المبيع ببينة أو باقرار المتبايعين ، أو هلك فى يد البائع أو استهلك بغير فعل المشترى ، أو هلك بفعل أجنبى واختار المشترى فسخ البيع ، وكان ذلك كله قبل القبض

الرابع . ضمان المشترى ثمن المبيع إذا قبضه قبل دفع الثمن .

ويزاد على ذلك أنه اذا هلك المبيع بخيار الشرط فى مدة الخيار بعد تسليمه للمشترى ، فإن كان الخيار للبائع بطل البيع ويلزم المشترى قيمة المبيع ، وإن كان الخيار للمشترى وهلك فى يده فلا يبطل البيع ، ويلزمه الثمن المسمى وكذا إذا تعيب المبيع فى يده فانه يلزم بدفع الثمن ، وليس له أن يرده على بائعه إلا برضاه

حكم البيع الموقوف . أن يتوقف ملك المشترى للمبيع وملك صاحب المبيع للثمن على إجازة المالك إذا كان البائع فضوليا ، وعلى اجازة الولى أو الوصى إذا كان البائع المالك صبيا مميزا غير مأذون له بالبيع والشراء

حكم البيع الفاسد : أن لا يملك المشترى المبيع إلا إذا قبضه برضا البائع ؛ وما دام المبيع قائما على حاله لم يتغير فلكل من المتبايعين فسخ العقد ، فاذا تغير المبيع وتعذر رده [1] ضمن المشترى مثله أو قيمته يوم القبض

حكم البيع الباطل : عدم انعقاده أصلا ، وإذا قبض المشترى المبيع فلا يكون مالكا له ، وإن هلك فى يده كان ضامنا له (على الصحيح) وقيل لا ضمان عليه لأنه أمانة فى يده ، وذلك لأن العقد إذا بطل بقى مجرد القبض باذن المالك ، وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدى ، ودليل القول الأول أن المبيع فى هذه الحالة لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء ، وأن المشترى قد قبضه لنفسه لا ليكون أمانة فى يده

السلم [2]

هو شراء مثمن آجل بثمن عاجل [3] وحكمه ثبوت الملك للمسلم اليه فى الثمن عاجلا ، ولرب السلم فى المسلم فيه آجلا . ولا يصح السلم الا فيما يمكن ضبطه وتعيينه قدراً ووصفا ، كالمكيلات ، والموزونات ، والمذروعات والعدديات المتقاربة ، وأما العدديات المتفاوتة فى القيمة كالبطيخ والرمان فلا يجوز السلم

---

(١) بالهلاك أو بخروجه عن ملك المشترى كبيعه أو هبته أو وقفه وكذا رهنه لتعلق حق الغير به ، وبتغيره تغيرا محسوسا بزيادة أو نقص

(٢) السلم بلغة أهل الحجاز هو السلف بلغة أهل العراق

(٣) ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم ، ويسمى الآخر المسلم اليه ، والشىء الذى أعطى المال لأجله المسلم فيه ، والثمن رأس المال

فيها عدداً إلا ببيان صفتها المميزة لها (والقاعدة) التي يرجع اليها أن مالا يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره لا يصح السلم فيه، لأنه يفضي الى المنازعة . ويشترط لصحة السلم (ان كان المسلم فيه حنطة أوقطنا أوخبزا أوشعيرا أو غير ذلك من الأشياء التي يمكن أن توجد، ويمكن أن لا توجد) أن يكون موجودا وقت العقد الى وقت التسليم، ليكون البيع بعيدا عن الغرر بامكان التسليم[1] وأجل السلم شهر فأكثر لان مادون الشهر عاجل، والشهر وما فوقه آجل[2] ولا بد من قبض رأس مال السلم فى مجلس العقد قبل الافتراق وإلا انفسخ العقد فاذا أبى المسلم اليه قبض رأس المال يجبر عليه

ويشترط لصحة السلم سبعة شروط :

الاول : بيان جنس المسلم فيه كقطن أوبر أوشعير الخ

الثاني : بيان نوعه كسقى (وهو مايسقى بالماء الجارى) أو بعلى (وهوما يسقى بماء السماء)

الثالث : بيان وصفه أي كونه جيداً أووسطا أو رديئا

الرابع : بيان قدره وزنا وكيلا وذرعا وعدا، بحسب مايقدر به المبيع عادة ويشترط فى المنسوجات وصفها وصفا مميزا لها ، كبيان طولها وعرضها ورقتها وغلظها ومادتها الخ

الخامس : بيان الأجل (وقد تقدم)

---

(١) وذهب الأكثرون الى جواز السلم فيما ليس بموجود فى وقت العقد اذا أمكن وجوده فى وقت حلول الأجل وذلك قياساً على الثمن المؤجل من جهة ولئلا تتعطل المصالح من جهة أخرى ، فكما أن الثمن المؤجل لايشترط وجوده من وقت العقد الى وقت حلول الأجل ، كذلك المبيع المؤجل ، فهما فى ذلك سيان

(٢) وقيل لافرق بين الأجل القريب والبعيد ، بل يرجع فى ذلك الى عرف الناس فى التأجيل

السادس : بيان قدر رأس المال. ان تعلق العقد ببيان مقداره كما فى مكيل وموزون وعددى غير متفاوت

السابع : بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤونة

واذا اشترط الايفاء فى مدينة فان كانت صغيرة فكل محلاتها سواء ، وان كانت كبيرة بأن بلغت نواحيها فرسخا فأكثر يشترط أن يعين للايفاء ناحية منها ، وما لا حمل له ولا مؤونة كمسك وكافور وصغار اللؤلؤ والدر فلا يشترط فيه ذكر مكان الايفاء فيوفيه حيث شاء ولكنه لو عين مكاناً لتسليمه تعين، لأنه لو أخذه فى غير المكان المعين ربما كان ذلك عرضة لضياعه منه فى الطريق أو هلاكه

ولا يجوز للمسلم اليه التصرف فى رأس المال قبل قبضه ولا لرب السلم أن يتصرف فى المسلم فيه قبل تسلمه . أما الاول فلما فيه من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق ، وأما الثانى فلانه بيع منقول، وقد مر حكم التصرف فيه قبل القبض ، واذا مات رب السلم فلا يبطل الأجل بموته ولكن يبطل بموت المسلم اليه فيؤخذ المسلم فيه من تركته فى الحال ، لأن الأجل يبطل بموت المدين لا الدائن

الاستصناع

الاستصناع هو طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع ، وقد جرى عليه تعامل الناس قديما وحديثا فى كل زمان ومكان حتى أصبح مما لا يمكن الاستغناء عنه ، وهو بيع له شبه بالاجارة من حيث ان فيه طلب العمل من الصانع ، ولذا يبطل بموت الصانع أو المستصنع ، فالمعقود عليه فى الاستصناع هو العين لا عمل الصانع ، ويجوز فى كل ما جرى به التعامل ، ويشترط لصحته أن يعين المصنوع تعيينا مانعا للنزاع ، فيبين جنسه

ونوعه وقدره ووصفه . ولا يشترط فيه تعجيل الثمن بل يجوز تاجيله كله أو بعضه ، ومتى أعد الصانع ما أمر بصنعه جاز له أن يبيعه قبل رؤية الآمر واختياره له كما يجوز للآمر أخذه وتركه بخيار الرؤية. لانه ، اشترى شيئا لم يره ، ولا خيار للصانع فيجبر على العمل ، وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا إن شاء فعل وإن شاء ترك دفعا للضرر عنه ، وعن أبي يوسف أن المستصنع لا خيار له،لان الصانع أتلف ماله لاجله ، فلو ثبت له الخيار لتضرر البائع ، لان غير الآمر ربما لا يشترى المصنوع بمثل الثمن الذى يشتريه هو به . وإذا ضرب الاستصناع أجل فاما أن يكون شهرا فأكثر أو أقل من شهر ، وإما أن يكون فى شىء تعومل استصناعه أولا ، فان كان الأجل شهرا فأكثر صار سلما ، سواء جرى فيه تعامل أم لا فتتعين فيه شرائط السلم ، وإن كان الاجل أقل من شهر ، ففيما جرى فيه التعامل يصح الاستصناع ، وفيما لم يجر فيه تعامل ان ذكر الأجل على وجه الاستعجال صح ذلك أيضا ، وإن كان على وجه الاستمهال « بأن يقول الصانع اسلمك إياه بعد أسبوع » مثلا » فسد الاستصناع (وفى هذا الكلام نظر) ويجوز الاستصناع بدون أن يبين الأجل

بيع الوفاء

هو نوع من البيع خارج عن سننه المعروف ، وصورته أن يقول البائع للمشترى بعت لك هذه الارض « مثلا » بألف جنيه، أو بالدين الذى لك فى ذمتى وقدره كذا بشرط أنى متى رددت اليك الثمن أو أديت لك الدين ترد الى المبيع ، فهذا بيع فاسد،لأن كلا من الطرفين مقتدر على الفسخ، ولكنه كالرهن فى كل أحكامه فهو إذا فى الحقيقة رهن ، ولذا لا يجوز للمشترى وفاء أن ينتفع بالمبيع إلا باذن البائع،ويضمن ما أكله بغير إذنه أو أتلفه؛ ولا يجوز

لكل من البائع والمشترى أن يبيع العين المبيعة وفاء لشخص آخر ، فلو باعها البائع توقف البيع على إجازة المشترى ، ولو باعها المشترى فللبائع أو ورثته حق استردادها ، ويكون للمشترى إعادة وضع يده عليها حتى يستوفى دينه .

وإذا قبض المشترى المبيع بعدما دفع الثمن للبائع واتفقا على أن يرد المشترى المبيع إذا رد له البائع الثمن فى وقت كذا ثم جاء الوقت وامتنع البائع من رد الثمن للمشترى فانه يؤمر ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه ، فاذا امتنع باع الحاكم عليه . والمبيع وفاء كالرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، فان هلك وهما سواء صار المشترى « المرتهن » مستوفيا دينه ، وإن كانت قيمته أكثر فالزائد أمانة [١] وإن كانت أقل سقط من الدين قدر القيمة ، وطولب « الراهن » بالباقى ، وتعتبر القيمة يوم القبض . وإذا مات أحد المتبايعين قامت ورثته مقامه فى أحكام الوفاء ، وليس لسائر الغرماء أن يزاحموا المشترى فى المبيع وفاء ، حتى يستوفى دينه

(تنبيه) المبيع وفاء إذا استأجره البائع من المشترى لا يلزمه أجر لأنه رهن حكما كما تقدم ، وهذا هو القول الراجح ، وقيل إن كانت الاجارة بعد قبض المشترى فهى صحيحة ، والاجرة لازمة للبائع

المرابحة والتولية والوضيعة

اذا باع الانسان شيئا مملوكا له لغيره فهذا لا يخلو من احدى حالات أربع (الأولى) أن يبيع المالك سلعته بالثمن الذى يتفق عليه مع المشترى . أى ثمن كان بدون تعرض لما قامت به تلك السلعة على المشترى من ثمن و نفقات : ويسمى هذا بيع المساومة ، وهو البيع الذى جرت به العادة فى الكثير الغالب . (الثانية) أن

---

(١) فان كان هلاك المبيع بتعدي المشترى ضمن الزيادة ، وان كان بدون تعديه فلا يضمن الزيادة

يقول المالك للمشترى ان هذه السلعة قامت على بكذا من ثمن ونفقات - هذا اذا كان قد ملكها بالشراء - أو يقول : هذه السلعة قيمتها كذا ، هذا اذا كان ملكها بغير الشراء كهبة أو إرث أو نحو ذلك - وأريد أن أبيعها لك بربح كذا فيقبل المشترى ، وهذا يسمى بيع المرابحة (الثالثة) أن يقول المالك : بعت لك هذه السلعة بما قامت به على من ثمن ونفقات ، أو بقيمتها وهى كذا بدون ربح وهذا يسمى التولية[1]. (الرابعة) أن يقول المالك ماقاله فى الصورتين الثانية والثالثة ثم يقول للمشترى : وبعتها لك بأقل من ذلك بمقدار كذا . ويسمى هذا بيع الوضيعة [2]

وهذه البيوع كلها جائزة ، وقد تعامل بها الناس فى جميع العصور . ومبنى كل من المرابحة والتولية والوضيعة على الامانة ، والاحتراز عن الخيانة

ويشترط فى المرابحة أن يكون الربح معلوما سواء كان مثليا أم قيميا مشارا اليه . ويشترط فى كل من المرابحة والتولية أن يكون الثمن مثليا ، أو قيميا مملوكا للمشترى[3] ويضم البائع الى رأس المال ماأنفقه على المبيع من إصلاحات أو

(١) قيل فى سبب تسمية هذا النوع من البيع تولية أن البائع جعل المشترى واليا شرعا فيما اشتراه ، أى جعل له ولاية عليه (الدر ورد المحتار) وقيل هو من الموالاة والمتابعة كأنه يتبع المشترى الأول ويواليـــه فى البيع بمثل الثمن (شرح غريب المهذب) ، وقد ورد فى التولية أحاديث كثيرة لا شبهة فيها ، وفيها لفظ التولية (فتح القدير)

(٢) هى الحط من الثمن يقال وضع له من البيع فى الثمن أى حط عنه (شرح غريب المهذب)

(٣) قال فى رد المحتار صورته : اشترى زيد من عمرو عبدا بثوب ثم باع العبد من بكر بذلك مع ربح ، أولا ، والحال أن بكرا قد ملك الثوب من عمرو ، قبل شراء العبد أو اشترى العبد بالثوب قبل أن يملكه من عمرو ، فأجازه بعده ، فلا

زيادات فيه أو أجرة سمسار أو دلال وهكذا مما جرت عادات التجار بضمه، وجرى بمثله العرف، وقيل ان الذى يضم هو كل مايزيد فى المبيع أو فى قيمته

فاذا ظهرت خيانة البائع فى المرابحة، بان ضم الى الثمن ما لا يجوز ضمه، أو أخبر بأنه اشتراه بعشرة قروش ورابح على قرش، وثبت كذبه فى ذلك باقراره، أو بالبينة عليه، أو بنكوله، فعلى قول أبى حنيفة يكون المشترى بالخيار ان شاء أخذ المبيع بجميع الثمن، وان شاء تركه. وان اطلع المشترى على خيانة فى التولية أسقطها من الثمن، وقال أبو يوسف يحط فيهما، وقال محمد يخير فيهما

فأما محمد فقال: لا اعتبار فى كل من المرابحة والتولية إلا للتسمية، لأن الثمن بها يصير معلوما، وبه ينعقد البيع، والاخبار بان الثمن الأول فيها كذا لا يتعلق الانعقاد به، وانما هو ترويج وترغيب فى الشراء، فيكون وصفا مرغوبا فيه، فاذا فات ذلك الوصف المرغوب فيه بظهور أن الثمن الأول ليس ذاك كان للمشترى الخيار بسبب ذلك. وأما أبو يوسف فقال: ان الأصل فى عقد المرابحة والتولية كونه مرابحة وتولية وذلك بالبناء على الثمن الأول فيتعلق به العقد باعتبار أنه تولية ومرابحة عليه، وذلك بالحط، غير أنه يحط فى التولية بقدر الخيانة من رأس المال، وفى المرابحة يحط منه ومن الربح، على نسبته، فاذا رابح فى ثوب علي عشرة بخمسة فظهر أن الثوب بثمانية يحط ثلاثة دراهم من الثمن، درهمين من رأس المال ودرهما من الربح بنسبة الخمس: وأما أبو حنيفة فقد فرق بين المرابحة والتولية فقال انه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول. والعقد إنما تعلق باعتبارها، فيتغير التصرف إلى بيع آخر، ولم يوجد ذلك البيع الآخر. وأما فى المرابحة فلو لم يحط لا تخرج عن كونها مرابحة، وإن كان يتفاوت

شك أن الثوب بعد الاجازة صار مملوكا لبكر المشترى اه وانظر المسألة كلها فى الدر ورد المحتار والعناية والفتح

الربح ، وذلك بظهور أن الربح أكثر مما ظنه المشترى ، فأمكن القول ببقاء العقد ولكن يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه على نحو ما قال محمد اه والذى يظهر أن قول أبى يوسف هو الأعدل

وأحكام الوضعية تفهم مما تقدم

(فائدة) : الدين المؤجل يحل بموت من عليه الدين فلو أن شخصاً اشترى شيئاً مرابحة وكان الثمن مؤجلا ، ثم مات في أثناء المدة فلا يستحق الدائن من المرابحة التى جرت بينه وبين المدين إلا حصة مامضى من الأيام . وبهذا أفتى المتأخرون من علماء المذهب وأفتى به المولى أبو السعود ، وعلله بالرفق من الجانبين

الإقالة

الاقالة هى رفع العقد وفسخه ! تقول : تعاقدا البيع ثم تقايلاه ، أى فسخاه ورفعا حكمه . ويجوز لكل من البائع والمشترى أن يتقايلا البيع برضاهما ، والرضا شرط لابد منه فى الاقالة ، كما أنه شرط كذلك فى البيع . وتصح الاقالة بكل لفظ يدل على فسخ البيع ، وتصح بالتعاطى أيضا وذلك كأن يرد المشترى المبيع الى البائع ، ويقول له ان ثمنه غال أو وجدتنى لست فى حاجة اليه ونحو ذلك فيأخذه منه البائع ويرد اليه الثمن . ولابد من اتحاد مجلس الايجاب والقبول فى الاقالة ، كما يلزم ذلك فى عقد البيع ، فاذا اختلف المجلس فلا تصح الاقالة

ويشترط لصحة الاقالة أن يكون المبيع قائما موجوداً فى يد المشترى وقت الاقالة ، فلو كان المبيع قد تلف كله فلا تصح الاقالة لفوات المحل ، وكذا لو هلك المبيع بعد الاقالة وقبل أن يتسلمه البائع من المشترى كما لو هلك المبيع فى يد البائع قبل أن يسلمه إلى المشترى ، وهذا اذا كان المبيع عيناً بيعت بثمن ، وأما إذا كان البيع مقايضة فهلك أحد البدلين صحت الاقالة من

الباقى منهما ، وعلى العاقد الذى هلك عنده أحد البدلين أن يدفع قيمة الهالك إلى العاقد الآخر ، وذلك لماقدمناه فى المقايضة من أن قيمة كل من البدلين تعتبر ثمناً للآخر . ولو هلك بعض المبيع صحت الاقالة فى الباقى ، أما هلاك الثمن فلا يمنع صحة الاقالة . وذلك لأن الاقالة هى رفع البيع ، والأصل فى البيع المبيع ، لاالثمن ، ولهذا لو هلك المبيع قبل القبض بطل البيع بخلاف هلاك الثمن قبل القبض ، وعلى البائع فى صورة هلاك الثمن أن يرد الى المشترى مثله ليتحقق معنى الاقالة ، وتصح اقالة الاقالة ، فلو تقايلا البيـــع ثم تقايلا الاقالة ارتفعت الاقالة ، وعاد البيع

وحكم الاقالة أنها فسخ للعقد فى حق المتعاقدين فيما هو من موجبات العقد الأصلية — أى أحكامه التى ثبتت بنفس العقد من غير شرط

أما ماوجب بأمر زائد كما لو اشترى عينا بدينه المؤجل على البائع ، ثم تقايلا البيع فلا يعود الأجل بل يصح الدين حالا ، وحينئذ تكون الاقالة بيعا جديدا فى حق المتعاقدين فى مثل ذلك

وهى بيع جديد فى حق غير المتعاقدين إذا كانت بعد القبض مطلقا ، وكذا إذا كانت قبله وكان المبيع عقارا ، ويتفرع على هذا أن الشفيع لو كان أسقط شفعته عند البيع ، ثم حصلت الاقالة وعلم بها الشفيع كان له حينئذ أن يطلب الشفعة وذلك لأن الاقالة اعتبرت بيعا جديداً من المشترى للبائع فى حق الشفيع

وثم فروع وتفصيلات أخرى يضيق المقام عن إيرادها هنا

خاتمة فى ضمان المبيع عند الاستحقاق (١)

لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع ثمن المبيع عند الاستحقاق ، ويفسد

(١) الاستحقاق هو ظهور كون الشىء حقاً واجباً للغير ، واذا قضى للمستحق بالمبيع فعلى القول الصحيح لا ينفسخ البيع بل يكون موقوفاً على اجازة المستحق .

البيع بهذا الشرط ، أما اذا اشترط ضمان الثمن للمشترى ، أوخلا العقد من ذكر هذا الشرط فالبائع ضامن للمبيع بثمنه عند ظهوره مستحقاً فى الحالتين.
والاستحقاق نوعان : « قديم » ومن حقه الرجوع على البائع بثمنه لأنه يظهر أن البائع باع ملك غيره . و « حديث » ومن حقه أن لا يرجع على بائعه ، لأنه باع ملك نفسه ثم استحق بسبب حدث عند المشترى . والقديم يكون بتاريخ متقدم على الشراء . وأما الجديد فاما أن يكون بتاريخ متأخر عن الشراء ، وإما أن يتعلق بالمبيع بعد انتقاله ، وهو فى يد المشترى الى حالة صار بها شيئاً آخر ، فاذا اشترى حنطة فجعلها خبزاً أو شاة فشواها ، ثم استحق الخبز والشواء وبرهن المستحق على ذلك فلا يرجع المشترى على بائعه ، لأنه لما صنع الحنطة خبزاً وشوى الشاة لم يجز أن يملك ذلك أحد ، إلا بسبب حادث بعد الخبز والشى . وعلم المشترى بكون المبيع ليس ملكا للبائع لا يمنع من من رجوعه بالثمن على البائع عند الاستحقاق ، ولا يرجع المشترى بالثمن على البائع إلا اذا ثبت استحقاق المبيع عليه بالبينة ، وحينئذ يكون للمشترى استرداد الثمن بتمامه من البائع ، ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع ، وكذا اذا زادت قيمة البيع عن ثمنه الذى اشتراه به المشترى ، فليس له حق فى طلب شيء من البائع زيادة على الثمن الذى أداه اليه

فى حكم البناء والغراس

اذا بنى المشترى فى المبيع بناء أوغرس فيه أشجارا ، ثم استحق المبيع بالبينة رجع المشترى على البائع بالثمن وبقيمة البناء والغراس (سواء كلفه المستحق الهدم والقلع والبائع غائب ثم سلم الأنقاض الى البائع ، أم سلم البناء والشجر قائمين للبائع فقلعهما البائع) وتقوم قيمتهما قائمين غير مقلوعين يوم تسليمهما للبائع ، ولا رجوع للمشترى بما أنفقه فى المنافع ، كاصلاح الدار والأرض

ولا بما لا قيمة له بعد نقضه كالجص (الجبس) والطين ، فالرجوع إذاً لا يكون إلا بقيمة ما يمكن نقضه وتسليمه الى البائع . ولا يرجع المشتري بقيمة البناء والغراس إلا اذا ظن أن البائع هو المالك أو غره البائع بقوله إن المالك أمرني بالبيع

وإذا قبض المشترى المبيع كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ، ثم إن أحدث الاستحقاق عيباً فى الباقى يخير المشترى ان شاء رده ورجع بجميع الثمن وان شاء أمسكه ورجع بثمن المستحق ، وإن لم يحدث عيباً فى الباقى يأخذه المشترى بلا خيار ويرجع بحصة المستحق ، كثوبين استحق أحدهما أو كيلى أو وزنى استحق بعضه ولا يضر تبعيضه . واذا استحق بعض المبيع قبل القبض بطل البيع فى قدر المستحق ، ويخير المشترى فى الباقى ان شاء رده ورجع بجميع الثمن ، وان شاء أمسكه ورجع بحصة المستحق ، وكذلك الحكم ان قبض بعضه ثم استحق سواء استحق المقبوض أم غيره

وما يدخل فى البيع تبعاً اذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن فيرجع المشترى على البائع بحصته من الثمن ، واذا استحق قبل القبض فان كان لا يجوز بيعه وحده كالشرب فلا حصة له من الثمن فلا يرجع بشىء بل يخير بين أخذ المبيع بكل الثمن أو تركه ، وان كان يجوز بيعه وحده كالشجر والبناء تكون له حصة من الثمن فيرجع على البائع . واذا ولدت الدابة المشتراة عند المشترى فالمستحق يأخذها مع نتاجها ، والمشترى يرجع على البائع بالثمن وقيمة النتاج ، واذا ورد الاستحقاق بعد هلاك المبيع كموت الدابة (مثلا) فلا بد للمستحق من إقامة البينة على قيمتها يوم الشراء ، فيضمن المشترى القيمة ويرجع على البائع بالثمن بما ضمن لأن المشترى من الغاصب اذا ضمن القيمة يرجع على بائعه بالثمن اذ رد القيمة مثل رد العين

الاجارة (١)

معنى الاجارة فى الشرع تمليك المنافع بعوض . وتحتها نوعان : نوع يرد على منافع الأعيان . كاستئجار الدور والأراضى والدواب والثياب ، وما أشبه ذلك ؛ ونوع يرد على العمل كاستئجار أرباب الحرف والصنائع والخدم والعمال . ويشترط لانعقاد الاجارة أهلية العاقدين بأن يكون كل منهما عاقلا مميزا ، ويشترط لنفاذها كون العاقدين عاقلين غير محجورين ، وكون المؤجر مالكا لما يؤجره أو وكيله أو وليه أو وصيه . ويشترط لصحتها رضا العاقدين وكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوما علما يمنع المنازعة ، وهذا العلم تارة يكون ببيان المدة كاستئجار الدور للسكنى والأراضى للزراعة وتارة يكون بتحديد المنفعة أو وصف العمل المطلوب وصفا مفصلا كاستئجار الدواب للحمل والركوب ومؤاجرة العمال على نوع من العمل . ومن شروط الصحة تعيين الأجرة بما يمنع المنازعة وخلو العقد من الشروط المفسدة . ويشترط للزومها فوق ما تقدم أن لا يكون بالمستأجر عيب فى وقت العقد ووقت القبض يخل بالانتفاع به ، فان كان لم يلزم العقد ، وأن يكون المستاجر مرئياً للمستأجر ، وسلامة المستاجر من حدوث عيب به يخل بالانتفاع ، فان حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازما ، وأن لا يحدث عذر بأحد العاقدين أو

---

(١) معنى الاجارة والأجرة والاجر والكراء فى اللغة واحد . والفعل من بابى نصر وضرب ، وآجر على وزن أفعل يؤجر إيجارا . واستأجر الدار ونحوها استكراها أى طلبَ الانتفاع بها بمقابلة أجر يدفع لمالكها ، واستأجر الانسان اتخذه أجيرا ، وآجره يؤاجره مؤاجرة صار أجيره ، والكراء هو أجرة الشيء أو الشخص المستأجر . والمأجور الشيء المستأجر

للمستاجر فاذا حدث بواحد منهم عذر لا يكون العقد لازما

الأجرة وبيان شروط لزومها

الاجارة سواء كانت مضافة إلى وقت مستقبل أو منجزة لا تلزم فيها الاجرة بمجرد العقد فاذا اشترط تعجيلها او تاجيلها أو تقسيطها إلى أقساط تؤدى فى أوقات معينة صح ذلك الشرط ولزم الوفاء به، إلا شرط تعجيل الأجرة فى الاجارة المضافة فانه باطل، فلا يلزم المستاجر فى الحال شيء

ويترتب على صحة اشتراط التعجيل فى الاجارة المنجزة أن المستاجر يلزم بدفع الأجرة وقت العقد، فان لم يدفعها فللمؤجر أن يمتنع عن تسليم العين المؤجرة له، حتى يستوفى الأجرة، وله أن يفسخ عقد الاجارة إن لم يوف المستأجر بالشروط، وكذا الأجير له أن يمتنع عن العمل الى أن يستوفى أجرته التى اشترط تعجيلها، وله فسخ الاجارة إن لم يوفه المؤاجر أجره. وإذا اشترط تاخير الأجرة لزم المؤجر أن يسلم العين المؤجرة للمستاجر، ولزم الأجير إيفاء العمل، ولا تلزم الأجرة إلا عند حلول الأجل

والاجارة إما أن تكون صحيحة أو فاسدة، فان كانت صحيحة فان الأجرة تجب فيها بتسليم العين المؤجرة للمستاجر مع تمكنه من استيفاء المنفعة سواء استوفاها أم لم يستوفها، وان كانت فاسدة فلا تجب الأجرة على المستاجر إلا إذا سلمها المؤجر المالك وانتفع بها انتفاعا حقيقيا، فان سلمها غير مالكها أو نائبه شرعا فلا أجرة على المستأجر، وإن استوفى المنفعة، لأنه فى حكم الغاصب، ومنافع الغصب غير مضمونة عند الحنفية خلافاً للشافعية، وستاتى أدلة الفريقين فى أول الفصل الآتى. واذا وجبت الأجرة فى الاجارة الفاسدة فتارة يكون الواجب هو الأجر المسمى، وتارة يكون أجر المثل، فيجب أجر المثل فى حالتين :

« الأولى » أن لا يكون قد سمى أجراً أو يكون المسمى مجهولا . « الثانية » أن يكون أجر المثل أقل من الاجر المسمى المعلوم ، وقد فسدت الاجارة لفقدان شرط آخر من شروط الصحة ، فان كان الاجر المسمى هو الاقل فهو الواجب ، لان العاقدين اذا اتفقا على أجرة أقل من أجر المثل فقد أسقطا الزيادة . وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ، وقال الشافعى ان الواجب هو أجر المثل على كل حال قياساً على البيع الفاسد ، ورد على ذلك بأن العين المبيعة بيعاً فاسداً متقومة فى نفسها ، وأما المنافع فليست كذلك . لكن الشافعى يقول بتقوم المنافع كتقوم الاعيان المالية .

إجارة الدواب والعربات للركوب والحمل

أحكام هذا الباب راجعة الى ثلاثة أمور :

الاول ـ الركوب يسمى حملا ، والحمل لايسمى ركوبا

الثانى ـ الاصل أن المستأجر اذا خالف إلى مثل المشروط أو أخف منه فلا شيء عليه ، لان الرضا بأعلى الضررين رضا بالأدنى وبمثله دلالة ، وإن خالف الى ما فوقه فى الضرر فعطبت الدابة فان كان من غير جنس المشروط ضمن الدابة ولا أجر عليه ، وان كان من جنسه ضمن بقدر الزيادة ، وعليه الأجر ، لأنها هلكت بفعل مأذون به وفعل غير مأذون به فيقسم على قدرهما ولكن إذا كانت الدابة لا تطيق ما حمله عليها عادة وجب عليه الضمان ، لكونه غير معتاد فلا يكون مأذونا فيه .

الثالث ـ إذا تجاوز المستأجر المشروط الى ما فوقه فى الضرر أو كان قد استأجر الدابة للركوب فحمل عليها كان فى الحالتين مخالفاً ، وحكمه حكم الغاصب فان عطبت الدابة فعليه للضمان كما تقدم ، وإن سلمت فلا أجر عليه ، لأنه يعتبر غاصبا ، ومنافع الغصب غير مضمونة .

عند الحنفية [١] وعللوا ذلك بأن المنافع حدثت بفعل الغاصب وكسبه — والكسب للكاسب لا لغيره — ولأن معنى الغصب هو إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك ، ولا يتصور ذلك فى المنافع، لأنها أعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها ، وقال الشافعى رضوان الله عليه ان منافع الغصب مضمونة ، لأن المنافع تملك وتقوم بالعقود كما تملك الأعيان وتقوم بها ، وليست الاجارة إلا بيعا للمنافع ، فلو لم يكن للمنافع قيمة لما وجب على مستأجر أن يدفع أجرة ما استاجره ، ولما تفاوتت أجر الأعيان المستاجرة وإذا ثبت أن المنافع متقومة وجب أن تضمن بالغصب كما تضمن الأعيان فيلزم الغاصب بتادية أجر المثل للمالك ، فاذا استبان لك ما تقدم سهل عليك فهم ما ياتى وتعليله .

إجارة الدواب والعربات للركوب

من استاجر دابة للحمل فله أن يركبها وإن استاجرها للركوب فليس له أن يحمل عليها وإن حمل عليها فلا أجر عليه . ولا يجوز لمستاجر الدابة أن يتجاوز بها المحل المعين بلا إذن صاحبها إلا بمقدار مايتسامح فيه الناس ، ولا أن يذهب بها إلى محل آخر ، ولا أن يستخدمها أزيد من المدة التى استأجرها فيها ، ولا يضربها ولا يكبحها بلجامها ولا يسيرها سيرا عنيفا فوق المعتاد ، ولا أن يذهب بها إلى المحل المعين من طريق أكثر مشقة من

---

(١) وقد استثنى متأخرو الحنفية من هذه القاعدة ثلاثة أشياء : الوقف ومال اليتيم ، والمعد للاستغلال ، وذلك لأن الوقف يفتى فيه بما هو أنفع له ، ومال اليتيم ملحق بالوقف فى ذلك ، وأما المعد للاستغلال فلعلهم اعتبروا اقدام انسان على الانتفاع بما هو معد للاستغلال قرينة على رضاه بدفع الأجرة فلا يكون غاصبا . ونظير هذا ما اذا زرع أرضاً معدة للاستغلال بدون إذن صاحبها فانه لا يعد غاصباً بل يجب عليه الأجر .

الطريق الذى عينه له صاحب الدابة ، فان خالف فى شىء من ذلك فعطبت الدابة فعليه ضمان قيمتها ، وإذا تعبت الدابة أو خيل العربة المستأجرة للركوب فللمستأجر نقض الاجارة ، وعليه دفع مايخص المسافة التى ركبها من الأجر المسمى .

إجارة الدواب والعربات للحمل

اذا استؤجرت الدواب أو العربات للحمل ، فانه يشترط تعيين المحل الذى يراد نقل الحمل اليه أو تعيين مدة الحمل مع بيان مقدار مايحمل . ويجوز أن لا يبين مقدار مايحمل وينصرف الى المعتاد ، وإذا تعبت الدابة فى الطريق قبل الوصول إلى المحل المقصود ، فان كان المستأجر استأجر الدابة بعينها فهو مخير بين نقض الاجارة أو انتظار الدابة حتى تستعيد نشاطها ، وليس له أن يطالب المؤجر بدابة أخرى ، وإن كان لم يستأجر دابة بعينها فله أن يطالبه بدابة أخرى

وإن استأجر دابة ليحمل عليها أردبين من الحنطة (مثلا) فحمل عليها ثلاثة أرادب فعطبت فان كانت الدابة لاتطيق الحمل عاده ضمن كل قيمتها وإن كانت تستطيعه ضمن مقدار الزيادة مع دفع الأجرة [١] هذا إذا كان المستأجر هو الذى باشر الحمل بنفسه ، فان حملها صاحبها وحده بيده فلا ضمان على المستأجر ، وان حملاها معا وجب النصف على المستأجر بفعله وهدر فعل صاحبها ، وإن حمل بدل الحنطة ماهو أثقل منها [٢] كالحديد

---

(١) فان كانت قيمه الدابة تسعة جنيهات وأجرة الحمل ستة عشر قرشا تضرب القيمة فى نسبة الزيادة الى كل الحمل وهى $\frac{١}{٣}$ وتضاف الأجرة الى الحاصل هكذا

$\frac{٢}{٣} \times ٩ + ١٦$ قرشا = ١٦ و ٣ جنيهات

(٢) المراد الثقل النوعى

والرصاص أو أخف منها بحيث يتجاوز المحمول موضع الحمل ، ويغطى الدابة كالحطب والتبن والقطن ، فعطبت الدابة فى كلتا الحالتين ، ضمن قيمتها ولا أجر عليـــه (اذ لا يجتمع الأجر والضمان على محل واحد) سواء كان وزن المحمول كوزن أردبى الحنطة أم أكثر . وأما إذا حمل بدل أردبى الحنطة مقدار وزنها من الشعير (الذى هو قريب من الحنطة) فلا ضمان عليه إذا عطبت الدابة

اجارة الآدمي للخدمة والعمل

تجوز اجارة الآدمى للخدمة أو غيرها من أنواع العمل مع بيان المدة أو تعيين قدر العمل وكيفيته . وينقسم الأجير إلى خاص ومشترك ، وهاك تعريف كل منهما مع بيان الفرق بينهما من حيث استحقاق الأجر ومن حيث الضمان ثم سرد الأحكام التى تخص كلا منهما (فالأجير الخاص) هو الذى يعمل لواحد معين أو أكثر عملا مؤقتا مع التخصيص ، فلو استأجر شخص أو أكثر طاهيا ليطبخ لهم خاصة مع تعيين المدة كان ذلك الطاهى أجيراً خاصا . (والأجير المشترك)هو الذى يعمل لا لواحد أو يعمل لواحد عملا غـير مؤقت أو عملا مؤقتا بلا اشتراط التخصيص عليه ، فلو استأجرت منجدا للفرش غير مشترط عليه أن لا ينجد لغيرك فهو أجير مشترك سواء كان فى منزلك أم فى محله . وسواء عينت له مدة النجادة أم لا . والأجير الخاص يستحق الأجر بتسليم نفسه فى المدة لتأدية ما كلف به مع تمكنه من العمل سواء قام بالعمل أم لم يقم فاستحقاقه للأجر يكون بحسب المدة لا بحسب العمل ، ولذا لا يجوز له أن يعمل فى مدة الاجارة عملا لغير مستأجره ، فان عمل لغيره نقص من الأجر بقدر ماعمله ، وليس له أن يشتغل بشىء سوى الصلوات المفروضة وسننها فقط . والأجير المشترك

يستحق الأجرة على نفس العمل، كالخياط، والنجار، والحمال، والدلال، والملاح والصباغ الخ فاستحقاقه للاجر يكون بحسب العمل لابحسب المدة (١) وأما الفرق بينهما من حيث الضمان فهو أن الأجير الخاص أمين فان هلك الشىء فى يده بدون تعمد الفساد أو بدون تقصيره واهماله فلا ضمان عليه . والأجير المشترك اما أن يهلك الشىء بفعله أو لا، والأول اما بالتعدى أولا ، والثانى إما أن يمكن الاحتراز عنه أولا . فى الأول بقسميه يضمن اتفاقا ، وفى ثانى الثانى لايضمن اتفاقا وفى أوله لا يضمن

---

(١) قال فى الدرر : اعلم أن الأجير للخدمة أو لرعى الغنم إنما يكون أجيرا خاصا إذا شرط عليه أن لايخدم غيره أو لايرعى غنم غيره أو قدم المدة أولا نحو أن يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم فانه أجير خاص بأول الكلام . أقول سره أنه أوقع الكلام على المدة فى أوله ، فتكون منافع الأجير للمستأجر فى تلك المدة ، فيمتنع أن تكون لغيره فيها أيضاً (أى تكون منافع الأجير لغير المستأجر فى المدة المعينة وقوله بعد ذلك لترعى غنمى يحتمل أن يكون لايقاع العقد على العمل فيصير أجيرا مشتركا ، لأنه هو الذى يقع عقده على العمل ، ويحتمل أن يكون لبيان نوع العمل الواجب على الأجير الخاص فى المدة فان الاجارة على المدة لاتصح فى الأجير الخاص إلا اذا بين نوع العمل بأن يقول استأجرتك شهرا للخدمة أو للحصاد فلا يتغير حكم الأول بالاحتمال فيبقى أجيرا خاصا مالم ينص على خلافه بأن يقول على أن ترعى غنم غيرى مع غنمى

فاذا أخر المدة بأن استأجره ليرعى غنما له مسماة بأجر معلوم شهرا فحينئذ يكون أجيرا مشتركا بأول الكلام لايقاع العقد على العمل فى أوله . وقوله شهرا فى آخر الكلام يحتمل أن يكون لايقاع العقد على المدة فيصير أجيرا خاصا ويحتمل أن يكون لتقدير العمل الذى وقع العقد عليه فلا يتغير أول كلامه بالاحتمال مالم يكن بخلافه اه اى بأن ينص على التخصيص .

عند الامام مطلقا [١] وأفتى المتأخرون بالصلح على نصف القيمة مطلقا . وقيل ان كان الأجير مصلحا لا يضمن ، وان كان غير مصلح ضمن وان كان مستورا فالصلح

ومدة الاجارة للأجير الخاص اما أن تكون معينة فى العقد أو غير معينة ، فان كانت غير معينة فسد العقد لجهالتها فلكل من العاقدين فسخها فى أى وقت أراد ، وللاجير أجرة مثله مدة خدمته ، وان كانت معينة فى العقد وفسخ المستأجر الاجارة قبل انقضاء المدة بلا عذر ولا عيب فى الأجير يوجب الفسخ (كمرضه أو عجزه عن العمل) فانه يجب على المستأجر أن يؤدى الى الأجير الأجرة الى تمام المدة ، سواء كان الأجير خادما أم غير خادم ، ولا يلزم المخدوم إطعام الخادم وكسوته ، إلا اذا جرى العرف بذلك فيلزمه سواء اشترط عليه أم لا

ويجوز إجارة الظئر أى المرضعة باجرة معينة وبطعامها وكسوتها وتكسى من أوسط الثياب . وهذا قول الامام ، وقال الصاحبان لا يجوز ذلك لأن الأجرة مجهولة ، ووجه قول الامام أن العادة لما جرت بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد لم تكن الجهالة مفضية الى النزاع ، والجهالة ليست بمانعه لذاتها ، بل لكونها مفضية الى النزاع [٢]

---

(١) وحجة الامام ان المتاع أمانة فى يد الأجير لأنه قبضه باذن المالك والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصوداً ، وحجة الصاحبين ان الحفظ مستحق على الأجير إذ لا يمكنه العمل بدونه .فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كان التقصير من جهته

(٢) وهذا أصل مهم ينبغى التعويل عليه فى الاحكام ، فان به حل كثير من المشكلات . وليعلم أن أحكام المعاملات الشرعية مبنية على أصلين عادلين (الأول) منع كل ما فيه ظلم وأكل لأموال الناس بالباطل (الثانى) منع كل ما يؤدى الى الاختلاف والنزاع بسبب الجهالة . فاذا انتفى ما يؤدى الى الظلم والنزاع بسبب

واذا اشترط على الظئر ارضاعها بنفسها فأرضعته من غيرها فلا تستحق الأجرة ، وإن لم يشترط عليها ذلك وأرضعته من غيرها استحقت الأجرة ولزوجها أن يفسخ الاجارة مطلقا ، وللمستأجر أن يفسخها أيضا بسبب موجب لفسخها . وإذا انتهت مدة الاجارة ولا توجد من ترضعه غيرها أو وجد ولكن الطفل يابى أن يالف سواها فانها تجبر على إرضاعه ، وإذا ماتت هي أو مات رضيعها انفسخت الاجارة ، ولا تنفسخ بموت أحد غيرهما

احكام الأجير المشترك

المقاولة على البناء لا تصح إلا إذا كانت مواده وما يلزم له من صاحب العمل أما إذا كانت من المقاول بان استاجره ليبني بيتا له (مثلا) بمواد من عنده بأجرة كذا فانه لا يجوز ، وإذا عمر المقاول يكون له أجر المثل وثمن المواد وذلك لجهالة الاجرة [1] وللمهندس أجرة عمله فان لم تعين له أجرة أعطى له أجر مثله مقدرا بحسب العرف . ويفسخ استئجار الصانع بحصول عذر يمنعه من العمل ، وينفسخ بموته . واذا التزم الصانع أو المقاول أن يعمل بنفسه فليس له أن يكل العمل الى غيره . أما إذا كان العقد مطلقا فانه يجوز له أن يستأجر ويقاول غيره على العمل كله أو بعضه ويكون ضامنا لما يهلك فى يد من استأجره أو قاوله [2] وليس للصانع أو المقاول الثانى أن يطلب صاحب العمل بشيء مما يستحقه الأجير ، أو المقاول إلا اذا وكله أو أحاله على صاحب العمل

والصانع إما أن يكون بينه وبين مستاجره شروط أولا ، وإما أن يكون العمل فى منزل المستأجر أولا . فان كان بينهما شرط اتبع ، وان لم يكن

الجهالة صح التعامل . والعرف أصل عظيم يرجع اليه فى ذلك بعد الشرع

(١) وإذا لاحظت الأصل وجدت الأمر هينا .

(٢) هذا على قول الصاحبين .

شرط وكان الصانع يباشر عمله فى منزل مستأجره جاز له أن يطالب أجر الجزء الذى صنعه قبل تمام العمل ، وان لم يكن فى المنزل فليس له أن يطالب شيئاً من الأجرة المتفق عليها إلا بعد تمام العمل وتسليمه إلى صاحبه ، فاذا عجل له المستأجر الأجرة أو شيئا منها جاز ذلك . وإذا تلف العمل المقاول عليه قبل تسليمه لصاحب العمل فلا أجر للصانع ولكن ان كان العمل فى ملك المستأجر وتلف فللصانع أجر ما عمله بحصته لوجود التسليم حكما . والصانع إما أن يكون لعمله أثر فى العين كالصباغ والخياط ، أولا ، كالحمال والدلال . فان كان الأول فله حبس العين وعدم تسليمها حتى يستوفى أجرته (إن كانت الأجرة حالة) فان تلفت عنده فلا أجر له ولا ضمان عليه ، وإن كانت الأجرة مؤجلة فليس له حبس العين فان حبسها فتلفت فعليه قيمتها . وإن كان الثانى فليس له حبس العين لأجل الأجرة فان حبسها وتلفت ضمن قيمتها . وإذا أتلف الحمال فى أثناء الطريق ما كان يحمله بتعديه فعليه الضمان . وأجرة الدلال ان باع هو بنفسه تكون على البائع لا على المشترى ، فلو سعى بينهما فباع المالك بنفسه يعتبر العرف . وإذا باع الدلال متاع شخص بثمن أزيد من الثمن الذى أمره به فالزيادة لصاحب المتاع ، وليس للدلال سوى الأجرة ، وإذا استحق المبيع الذى باعه الدلال أو رد بعيب فله الأجرة ، وان كان أخذها فلا تسترد منه

اجاره الدور والحوانيت

يجوز اجارة الدور والحوانيت [1] بدون بيان ما يعمل فيها ومن يسكنها

---

(١) الحوانيت هى الدكاكين ، ومفرد الحوانيت حانوت ومعناه فى الأصل دكان الخمار ، وهو يذكر ويؤنث وقد ورد فى الشعر العربى بهذا المعنى كثيراً . وقد تغير معناه اليوم وصار اللفظ المستعمل بدله دكان وهو فارسى معرب ، فمحال التجارة الآن نسمى دكاكين .

وينصرف استعمالها لعرف البلدة ، وإذا كانت الدار مشغولة بمتاع المؤجر فانه يجبر على تفريغها وتسليمها فارغة للمستأجر . وعلى المؤجر بعد قبضه الأجر المسمى المشروط تعجيله أن يسلم للمستأجر العين المؤجرة بالهيئة التى رآها عليها وقت العقد ، فان كانت تغيرت تغيراً يخل بالسكنى فالمستأجر مخير إن شاء قبلها ، وإن شاء فسخ الاجارة

ما يجوز للمستأجر وما لا يجوز

لايجوز للمستأجر أن يعمل مايورث الضرر أو وهن البناء إلا باذن المالك فاذا لم ينشأ عن العمل ضرر فهو جائز ، ويجوز له أن يعير الدار أو الأرض التى استأجرها لغيره ، وأن يودعها أو يؤجرها بمثل الأجرة التى استأجرها بها أو أقل منها .

ولو أجرها بأكثر لاتطيب له الزيادة (١) إلا فى مسألتين : « الأولى » أن يؤجرها بخلاف الجنس . «الثانية» أن يصلح فيها شيئا بماله وذلك للابتعاد عن شبهة الربا . وإن كانت العين المستأجرة عقاراً جاز للمستأجر أن يؤجرها قبل القبض وبعده ، فان كانت منقولة فلا يجوز له ذلك إلا بعد القبض

هذا اذا أجرها لغير مالكها وأما اجارتها لمالكها فلا تجوز لأن الانسان لايستأجر ملك نفسه . وإذا أجر المستأجر الدار لغيره فاما أن يكون ذلك باذن المالك أولا ، وأما أن تنتهى مدة الاجارة الثانية قبل انتهاء مدة الأولى أو بعدها ، فان انتهت الثانية قبل الأولى فالأمر ظاهر ، وان انتهت بعدها وكانت بدون إذنه انفسخت بانتهاء مدة الأولى لكون المستاجر الأول صار فضولياً فيما بقى من المدة ، وليس للمالك قبض الأجرة من المستأجر الثانى إلا إذا أحاله المستاجر الأول عليه أو وكله بقبض الأجرة منه

---

(١) لأنه ربح مالم يقبضه وقال الشافعي تطيب له الزيادة على كل حال

والأصل فيما تقدم أن المستاجر يملك الاجارة فيما لا يتفاوت النـاس فى الانتفاع به

عمارة الدار المؤجرة وترميمها وما يلحق بذلك ـ لا يجـبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها وترميم مااختل من بنائها، لأن الانسان لا يجبر على إصلاح ملـكه ، لـكنه إن لم يفعل ذلك كان للمستاجر أن يترك له الدار، إلا إذا كان استاجرها وهى كذلك ، وقد رآها فليس له الخروج منها ؛ لأنه رضى بالعيب من قبل ، واذا حدث بالدار المستأجرة عيب فلا يخلو من ثلاثة أحوال : « الأول » أن يفوت به كل النفع كتخرب الدار كلها ، « الثانى » أن يفوت به بعض النفع كانهدام جزء منها ينشأ عنه حرمان المستأجر من بعض المنفعة المقصودة له ، « الثالث » أن لا يؤثر العيب فى المنفعة المقصودة من الدار كما إذا سقط منها حائط لا يضر بالسكنى ، فان كان الأول فللمستأجر فسخ الاجارة ، ويسقط عنه الأجر سواء فسخ أم لا . وان كان الثانى كان له الفسخ أيضا ولـكن بحضرة رب الدار ، فان كان رب الدار غائباً أو لم يحضر عند القاضى لمرض أو تمرد وعناد ، فان القاضى يقيم وكيلا عنه ويفسخ الاجارة ومتى فسخت الاجارة سقط الأجر عن المستأجر ، وان لم تفسخ لا يسقط الأجر عنه سواء استوفى المنفعة مع العيب أم لا ، فاذا بنيت الدار وأصلح الخلل الذى حدث فيها فلا خيار للمستاجر فى الفسخ . وان كان الثالث فلا يثبت الخيار للمستاجر ويلزمه الأجر المسمى. وإذا احتاجت الدار المستأجرة إلى عمارة ضرورية لصيانتها فلا يجوز للمستأجر ان يمنع المؤجر من إجرائها، فان ترتب على العمارة مايضر بالسـكنى أو يخل بالمنفعة فللمستأجر الحق فى فسخ الاجارة ان أراد . وان أنشأ المستأجر عمارة فى الدار باذن مالـكها . فان كانت العمارة عائدة لإصلاح الدار وصيانتها فللمستاجر الرجوع بما أنفقه

على المؤجر سواء اشترط عليه الرجوع أم لا ، وان كانت عائدة لمنافع المستأجر فلا رجوع له بشيء على المؤجر إلا إذا اشترط ذلك عليه .

تعرض المالك للمستأجر

لايجوز للمؤجر أن يتعرض للمستأجر فى استيفاء المنفعة مدة الاجارة ، ولا أن يحدث فى الدار المستأجرة مايمنع من الانتفاع بها أو يخل بالمنفعة المعقود عليها وإذا سلم المؤجر جميع الدار للمستأجر ثم تعرض له ونزع منها بيتاً من بيوتها فللمستأجر فسخ الاجارة لتفرق الصفقة ، أو إعطاء أجرة مابقى فى يده من الدار فقط وكذلك الحكم إذا شغل المؤجر بمتاعه بيتاً من بيوت الدار المستاجرة

غصب الدار من المستاجر

اذا غصبت الدار من المستاجر فاما أن يتمكن من رفع يد الغاصب عنها أولا ، وفى الحالة الأولى اما أن يمكنه ذلك بانفاق شيء من ماله أو بوسيلة كاستعطاف أواحتماء بذى شوكة ، فان لم يتمكن أو تمكن ولكن بانفاق ماله سقطت عنه الأجرة فى مدة الغصب ، وإن تمكن بواسطة أخرى لا ياباها الدين ولا المروءة ثم قصر فان الأجرة لاتسقط عنه فى مدة الغصب لأنه هو المقصر . واذا اختلف المستأجر والمؤجر فى دعوى الغصب وليس للمستأجر بينة تؤيد دعواه يحكم الحال بينهما فان كانت الدار بيد المستأجر فالقول للمؤجر ، وان كانت فى يد غير المستأجر صدق قوله ولا أجر عليه .

انتهاء مدة الاجارة وسكنى المستأجر

اذا انتهت مدة الايجار وجب على المستاجر أن يفرغ الدار ويسلمها إلى صاحبها . وإذا طلب المؤجر بعد انتهاء المدة من المستاجر زيادة على الأجر المسمى وعين تلك الزيادة وطلب منه قبولها أو الخروج من الدار فسكت

المستاجر يعتبر سكوته رضاً وقبولا للزيادة ، فيلزمه أجر المثل بقدر المدة التى كان يمكنه أن ينقل متاعه فيها وبعدها يلزمه ماقاله المؤجر وقبله بسكوته [١]

وإذا مضت مدة الاجارة وسكن المستأجر بعدها شهراً فأكثر ، فان كانت الدار وقفاً أو ملكا ليتيم أو معدة للاستغلال[٢] فعليه أجر المثل .

سكنى الانسان فى دار غيره بدون عقد

هذه السكنى اما أن تكون بتأويل أو بدون تأويل ، واما أن تكون الدار وقفا أو ملكا ليتيم أو معدة للاستغلال أو ليست شيئاً من ذلك فان كانت الدار وقفا أو ملكا ليتيم وجب على الساكن أجر المثل مطلقا . وان كانت غير ذلك فان سكنها بتأويل عقد كأن يسكن المرتهن فى الدار المرهونة ثم يظهر أنها لغير الراهن أو بتأويل ملك ، كأن يسكن أحد الشركاء الدار المشتركة بينهم ، فلا يجب الأجر على الساكن سواء كانت الدار معدة للاستغلال أم لا . وإن كانت الدار ليست وقفا ولا ملكا ليتيم ولا معدة للاستغلال وسكنها لا بتأويل ملك ولا بتأويل عقد فلا أجر عليه أيضا إلا إذا طالبه صاحب الدار بالأجرة وسكن فيها بعد تلك المطالبة مع إقراره بان الدار ملك لصاحبها وعدم تصريحه بنفى الرضا بالأجرة ، فان لم يكن مقرا لصاحب الدار بالملك أو أقر به ، ولكن لم يرض بالأجرة كان غاصبا فلا أجر عليه . وعلى قول الشافعى عليه الأجر وهذا هو العدل

---

(١) وهذا راى هشام الذى عرضه على محمد فاستحسنه وعدل عن رايه الأول (وهو الزام المستأجر بما قاله المالك من ابتداء المدة الجديدة) كما فى الخانية . قلت : وعلى ذلك اذا رفض المستأجر قبول الزيادة فأنه يبقى باجر المثل ريثما يفرغ الدار بنقل متاعه منها الى غيرها

(٢) بان بناها صاحبها أو اشتراها لذلك ، وكذا اذا توالت اجارتها ثلاث سنين أو أكثر

اجارة الاراضى

تصح إجارة الأرض للزراعة مع بيان ما يزرع فيها أو يقول المستاجر : « على أن أزرع فيها ما أشاء » كيلا تقع المنازعـــة ، فان من الزرع ماينفع الأرض ومنه مايضرها ، وبين ذلك درجات

والأرض وقت الاجارة إماأن تكون مشغولة بزرع أولا ، وإما أن تكون الاجارة منجزة أو مضافة . فان كانت غير مشغولة بزرع صحت الاجارة مطلقا وان كانت مشغولة صحت الاجارة المضافة الى وقت حصاد الزرع وتسليم الأرض فارغة منه ، وأما الاجارة المنجزة ففيها تفصيل : لأن الزرع إما أن يكون بحق أو بغير حق (بان يكون الزارع غاصبا) فان كان بغير حق صحت الاجارة ويجبر الزارع على قلع زرعه إلا إذا كان هو المستاجر فان زرعه يترك له ، وإن كان الزرع بحق فاما أن يكون للمستأجر أو لغيره ، فان كان المستاجر صحت الاجارة ، ويصور ذلك بان تكون الأرض موقوفة وكان قد استاجرها من قبل باقل من أجر المثل وزرع فيها ثم جدد العقد باجر المثل ، ويصور أيضا بأن تكون مدة الاجارة قد انتهت والزرع باق فيجدد العقد لمدة أخرى . وان كان لغيره فاما أن يكون الزرع بقلا أو مدركا فان كان الثانى جازت الاجارة وان كان الأول فلا تجوز ، ولمستاجر الأرض الشرب والطريق سواء اشترطها فى العقد أولا ، لأن الغرض من الاجارة الانتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان تبعا بخلاف البيع إذ المقصود منه ملك العين المبيعة لا الانتفاع فى الحال . ومن استاجر أرضا سنة ليزرع فيها ماشاء فله أن يزرعها زرعين شتويا وصيفيا .

مايعرض للزراع فيتلف الزرع او يمنعه من الانتفاع بالارض

إذا غلب الماء على الأرض المؤجرة فاستبحرت ولم يمكن زرعها أو انقطع الماء عنها ، فلم يمكن ريها فلا تجب الأجرة أصلا وللمستاجر فسخ الاجارة ، فان

كانت الأرض صالحة للزراعة فزرعها ، ثم أصاب الزرع آفة فهلك وجب عليه من الأجرة حصة مامضى من المدة قبل هلاك الزرع وسقط حصة ما بقى من المدة بعد هلاكه إلا اذا كان متمكنا من زراعة مثل الأول أو دونه فى الضرر فتجب حصة مابقى من المدة

اجارة الأرض للبناء والغرس وانقضاء مدة الاجارة

تصح اجارة الأرض للبناء والغرس وسائر الانتفاعات كطبخ آجر وخزف ، فان مضت مدة الاجارة وفى الأرض بناء أو غراس للمستأجر يؤمر بهدم البناء وقطع الأشجار ، إلا إذا رضى المؤجر بتركها فى الأرض باجارة أو إعارة فيكون البناء والشجر للمستأجر والأرض للمؤجر . فان تركهما باجارة فهذا تجديد للعقد والحكم فيه ظاهر ، وإن تركهما باعارة للارض يكون لهما أن يؤجرا الأرض والبناء أو الشجر لثالث ويقتسما الأجر على قيمة الأرض بلا بناء أو شجر وعلى قيمة البناء أو الشجر بلا أرض فيأخذ كل منهما حصته . وإذا كان هدم البناء وقلع الشجر يضران بالأرض وينقصان قيمتها ، فاذا مضت مدة الاجارة فللمؤجر أن يتملكهما جبرا على المستأجر ، ويعطيه قيمتهما مستحقين للقلع . وان كانت الأرض لا تنقص بقلعها فلا يكون للمؤجر تملكها بدون رضا المستأجر وإنما له أمر المستأجر بقلعهما من أرضه ، وذلك لاستوائهما فى ثبوت الملك وعدم ترجح أحدهما على الآخر

وإذا مضت مدة الاجارة وفى الأرض شجر عليه ثمر فانه يبقى بأجر المثل الى الادراك ، سواء رضى المؤجر أم لا ، وكذا اذا كان بالأرض زرع بقل لم يدرك أوان حصاده فانه يترك بأجر المثل أيضا رعاية للجانبين . فاذا مات المستأجر فانفسخت الاجارة بموته قبل انقضاء المدة ، وكان فى الأرض زرع لم يدرك يترك الزرع لورثته بالأجر المسمى الى أن يدرك ويحصد

إذ فى إبقاء العقد مراعاة لمصلحة الورثة ، ولا ضرر على رب الأرض

اجارة الوقف

الوقف عمل خيرى يتقرب به الى الله تعالى ولذا وجب المحافظة على عينه واستثماره بأحسن الطرق . ومن ذلك إجارة الأعيان الموقوفة وروعى فى أحكامها ما هو الأصلح للوقف ، واحتيط فيها بالقدر المستطاع ، وسترى أحكام اجارة الوقف فى كتاب الوقف . وفى ذيل هذا الكتاب أيضا

فسخ الاجارة وانفساخها

تنفسخ الاجارة بموت المؤجر أو بموت المستأجر إذا عقدها لنفسه لا لغيره بالنيابة الشرعية ، فان مات الوكيل بايجار أو استئجار فلا تبطل الاجارة بموته ، ومثله الولى والوصى وناظر الوقف ، وإذا مات المؤجر وكان المستأجر قد عجل الأجرة لمدة لم تستوف المنفعة فيها فله حبس العين المستاجرة حتى يستوفى ما عجله ، فان كان المؤجر المالك قد مات مدينا وليس له ما يسد به دينه غير العين المأجورة فانها تباع ويقدم حق المستأجر على سائر الغرماء إن كانت العين فى يده فيستوفى حقه من ثمنها وما زاد فهو للغرماء ، وإن لم يوف ثمنها بحق المستأجر يكون فى الباقى أسوة الغرماء ، ويترتب على انفساخ الاجارة بموت الآجر المالك أن لا يبقى للمستاجر حق فى سكنى الدار ، فاذا ظل ساكنا بها كان غاصبا ، فيجب عليه أجر المثل إن كانت الدار معدة للاستغلال وإلا فلا يجب عليه شىء إلا اذا كان فى ورثة المؤجر صغير فيجب عليه أجر مثل حصته ، ولكن لو طالبه الورثة بالأجرة فان الأجرة تلزمه على كل حال (١)

---

(١) مذهب الشافعى ان الاجارة لا تبطل بموت المؤجر ولا بموت المستاجر ما دام الشىء المستاجر سليما ، ويخلف من مات منهما وارثه (وانظر المهذب)

وكما تنفسخ الاجارة بالموت تنفسخ بعـــذر لزوم دين على المؤجر حيث لا مال له غير العين المؤجرة ، ويتوقف الفسخ على قضاء للقاضى بنفاذ البيع ، وإنما تنفسخ الاجارة إن كانت قيمة الماجور تزيد على ماعجله المستأجر من الأجرة ، لأن العين متى بيعت أعطى المستأجر حقه ، وما زاد من ثمنها فهو للغرماء ، وأما إذا كانت قيمة المأجور مثل ماعجله المستأجر أو أقل منه فلا تفسخ الاجارة إذ لافائدة للغرماء فى ذلك

الوكالة

التوكيل هو اقامة الانسان غيره مقام نفسه ترفهاً أو عجزاً فى تصرف جائز معلوم [1] ولو كان توكيلا عاما لأنه معلوم ، والوكالة اسم من التوكيل .

ركن الوكالة وشروطها واقسامها

تنعقد الوكالة بايجاب وقبول ولا بد من علم الوكيل بالوكالة فان ردها بعد علمه بها ارتدت ، ولا يصح تصرفه بعد رده . ولا تصح الوكالة إلا إذا كان الموكل ممن يملك التصرف بنفسه بأن يعقل معنى العقد وأن يكون الوكيل كذلك ، فلا يصح توكيل مجنون ولا صبى لا يعقل مطلقا ، ولا توكيل صبى يعقـــل بتصرف ضار ضررا محضا سواء أذن به الولى أو الوصى أم لم يأذنا . ويصح توكيله بالتصرف الذى ينفعه بلا إذن وليه أو وصيه وبالتصرف الدائر بين النفع والضرر إن كان مأذونا بالتجارة ، فان كان محجورا ينعقد توكيله موقوفا على إذن وليه أو وصيه

وقد يكون ركن التوكيل مطلقا « كوكلتك ببيع ساعتى هذه » أو مقيدا

---

(١) اى للموكل ، فلا يجوز توكيل الصبى غيره فى اعطاء الهبة لأنه هو نفسه لا يجوز له ان يهب

« كاذنتك باجارة دارى للسكنى كل شهر بكذا » أو معلقا بشرط « كاذا بلغ سعر القنطار من القطن كذا جنيها فبع قطنى بهذا السعر » أو مضافا إلى وقت مستقبل « كأمرتك بشراء كذا فى أول السنة الآتية » والاذن والأمر يعتبران توكيلا وقد يكون الأمر من قبيل الرسالة.
والاجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة ، فاذا باع فضولى مال غيره بلا إذنه فأجاز صاحب المال البيع يكون كما لو وكل الفضولى بالبيع أولا ، وكل عقد جاز للموكل أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به غيره ، وهذه قاعدة مطردة فيجوز لمن توافرت فيه شروط الأهلية أن يوكل غيره بايفاء ماعليه من الحقوق واستيفاء ماله منها ، وبالبيع والاجارة والهبة والخصومة الخ

ولكن التوكيل باستيفاء القصاص حال غيبة الموكل لايجوز لاحتمال أن يعفو الموكل عن القاتل

وقد تكون الوكالة خاصة أو عامة . فالعامة كأن يقول له انت وكيلى فى كل شىء : أو فى كل دعوى أقيمها على غيرى ، أو يقيمها غيرى على . والخاصة كوكلتك باجارة أرضى أو بيع فرسى . ويصح تفويض الرأى للوكيل فيتصرف فيما وكل به كيف شاء ، ويصح تقييده بتصرف مخصوص حسبما يرى الموكل . فان كان الأمر مفوضا لرأى الوكيل جاز له أن يوكل به غيره ويعتبر الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل ، فلا ينعزل بعزل الوكيل الاول ولا بوفاته . وقد تكون الوكالة بأجر أو بدون أجر ففى الحالة الأولى يكون الوكيل أجيرا كالدلال والسمسار ووكلاء الدعاوى (المحامين) فيعطى حكم الأجير ، وفى الحالة الثانية يكون متبرعا ، فاذالم تشترط الأجرة فى الوكالة ينظر فان كان الوكيل من الفريق الأول فله أجر المثل ،

وان كان من الفريق الثانى فلا أجر له

ويجوز أن يوكل وكيلين بعقد واحد أو بعقدين ، فان وكلهما بعقد واحد فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف فيما وكل به إلا إذا كان لا يحتاج فيه الى الرأى ، كايفاء الدين أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه، كالخصومة فانه يجوز لكل منهما الانفراد وحده بشرط أخذ رأى الآخر فى الخصومة دون حضوره وان وكلهما بعقدين جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقا

احكام الوكالة

تمهيدات :

الاول — لكل عقد غرض عمل لاجله ذلك العقد ، فان خلا العقد من غرض صحيح فهو لغو لا يعنى به ، ولا يلتفت اليه ، فالغرض من عقد البيع أن يصير المبيع ملكا للمشترى والثمن ملكا للبائع والغرض من عقد الكفالة التزام الكفيل بما تعهد به ، والغرض من عقد المزارعة اشتراك العامل ورب الارض فى المتحصل وهكذا ـ وهذا الغرض يسمى حكم العقد

الثانى — مايستتبعه العقد مما يؤكد حكمه ، ويحفظ لكل ذى حق حقه « كتسليم المبيع ورده بعيب والرجوع عند الاستحقاق والمخاصمة فى ذلك وقبض الثمن الخ» ويسمى حقوق العقد ، وعلى ذلك فلكل عقد حكم وحقوق

الثالث — أقسام العقود كثيرة تختلف باختلاف أحكامها والذى نحتاج اليه فى هذا المقام تقسيمها الى قسمين . (الاول) العقود التى لا تتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والاعارة والقرض والايداع والرهن ، (الثانى) العقود التى تتم بالقول كالبيع والاجارة والصلح الخ . ومن المعلوم أن لكل من هذه العقود أحكاما وحقوقا ، إذا فهمت هذا فاعلم :

ان كل عقد من العقود التى لا يتم إلا بالقبض ، كالهبة الخ إذا عقده الوكيل

فاما أن يعقده من جهة طالب التمليك (أى الواهب الخ) أو من جهة طالب التملك (أى الموهوب له الخ)، وعلى كل إما أن يضيف العقد الى نفسه أو الى موكله، فيقول فى صورة التمليك : وهبت لك كذا أو وهب فلان لك كذا الخ وفى صورة طالب التملك . هبنى هذا أو هب لفلان كذا الخ . فان كان وكيلا من جهة طالب التمليك ، فان حكمه قد يقع للموكل، وحقوقه ترجع اليه أيضا سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه أم الى موكله، وان كان وكيلا من جهة طالب التملك فان أضاف العقد الى نفسه وقع العقد له وترجع اليه حقوقه، ويخرج بذلك عن الوكالة بسبب مخالفته ، وان أضافه الى موكله وقع لموكله وتعلقت به حقوقه[١]

واما العقود التى تتم بالقول كالبيع والاجارة فيجوز ان يضيف الوكيل العقد الى نفسه اوالى موكله ، وعلى كل حال فان حكم العقد يثبت لموكله ، واما حقوقه فان اضاف العقد الى موكله تعلقت الحقوق بموكله وكان الوكيل رسولا وان اضاف العقد الى نفسه تعلقت حقوقه به ، ولا تنتقل الى موكله مادام الوكيل حيا (وإن كان غائبا) وبعد موته تنتقل الحقوق الى وصيه[٢] ولكن اذا كان الوكيل صبيا مميزا محجورا عليه ، فلا ترجع حقوق العقد اليه ، بل الى الموكل ، . وبدل الصلح عن اقرار والمصالح عنه فى حكم المعاوضة فيكون بمنزلة

---

(١) وذلك لأن هذه العقود لاتتم بالقول وحده، بل لابد لتمامها من القبض فاذا قبض الموهوب له الهبة والمستعير العارية الخ من الوكيل ، فانما يقبض شيئاً مملوكا لغير العاقد (الوكيل) فيكون الوكيل فى هذه الحالة سفيرا محضاً لان العقد لا يتم به وحده، فان كان الوكيل هو القابض للهبة الخ فان العقد يتم له بالقبض اذا أضافه الى نفسه ، ويتم لموكله اذا أضافه اليه ويكون فى هذه الحالة رسولا أيضا

(٢) وبعد ذلك تنتقل إلى الموكل ، وقيل ترجع بعد موت الوكيل الى الموكل لا إلى وصى الوكيل .

البيع أو الاجارة (كما سيأتى مفصلا فى بابه) فيكون حكم التوكيل به على التفصيل المتقدم

وأما حقوق العقد فى الرسالة فانها تتعلق بالمرسل لا بالرسول

والخلاصة : أن حكم العقد يثبت للموكل إلا فى حالة ، واحدة وهى ما إذا أضاف الوكيل العقد الى نفسه فى العقود التى لا تتم الا بالقبض ، و كان طالبا للتملك ، فان حكم العقد يثبت له لخروجه عن صفة الوكالة . وأما حقوق العقد فتتعلق بالوكيل فى العقود التى تتم بالقول كالبيع الخ ، اذا أضافها الوكيل الى نفسه على التفصيل المتقدم ، وتتعلق به أيضا فى الصورة السابقة التى خرج فيها عن صفة الوكالة .

(استدراك) العقود التى لا يقبل فيها الحكم الانفصال عن السبب - أى لا يدخلها خيار الشرط - كالزواج والخلع والصلح عن انكار هى فى حكمها كالعقود التى لا تتم إلا بالقبض فترجع الحقوق فيها الى الموكل لا الى الوكيل فلا يطالب وكيل الزوجين بالمهر ، ولا وكيل الزوجة بتسليمها اليه (وأنظر تمام التعليل فى مقالتنا العقود والشروط والخيارات)

الوكيل بالشراء

الوكيل نائب عن الموكل فيما أقامه فيه مقام نفسه ، فيجب أن يكون عالما بما وكل به حتى يستطيع الامتثال ، ويقدر على التنفيذ وفق ما يريد الموكل بقدر الامكان ، فاذا كان وكيلا بالشراء فاما أن يكون الأمر مفوضا اليه أو لا ، فان كان قد فوض اليه الأمر بان قال له الموكل : اشتر لى ماشئت ، جازت الوكالة وأى شىء اشتراه له يكون ممتثلا ، واذا لم يكن الأمر مفوضا اليه ، بل وكله توكيلا خاصاً ، فهذا تحته صورتان : «الأولى» أن يوكله بشراء شىء بعينه كأن يقول له : اشترلى هذه الدار ، أو فرس فلان أو أرض كذا ، وفى هذه الحالة

يكون الشيء الموكل بشرائه معلوماً علماً تاماً للوكيل فلا نزاع ولا اشكال .
«الثانية» أن يوكله بشراء شيء لا بعينه ، كأن يقول له : اشترلي دابة أو ثوبا أو فرسا أو ثوب جوخ ، أو دارا أو ياقوتة ، وفي هذه الحالة يكون الشيء الموكل بشرائه مجهولا جهالة فاحشة أو متوسطة أو يسيرة فالجهالة الفاحشة تكون في الجنس كالدابة والثوب ، فان الدابة تشمل أنواعا كالخيل والبغال والحمير الخ والثوب يشمل أنواعا كثوب جوخ وحرير وقطن . والجهالة اليسيرة تكون في النوع وهو ما تحته أفراد كالفرس وثوب الجوخ الخ ولكن التفاوت بينها ليس ببعيد — والجهالة المتوسطة تكون بين الجنس والنوع ، وذلك بأن يكون بين الأفراد تفاوت بعيد كالدار والياقوتة ، فان كانت الجهالة فاحشة فلا تصح الوكالة سواء أعين الثمن أم لم يعين ، لأن الوكيل لا يتمكن من الامتثال لتفاحش الجهالة ، وإن كانت الجهالة متوسطة ، فان الوكالة لا تصح إلا إذا زيد قيد آخر يقلل الجهالة ويجعلها يسيرة كبيان الثمن أو الصفة ، وان كانت الجهالة يسيرة صحت الوكالة سواء عين الثمن أم لم يعين ، ويراعى الوكيل فيما يشتريه ما يليق بحال موكله ، وهذه الجهالة اليسيرة لابد من تحملها في الوكالة لأننا لو شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك ، فيضيق الأمر على الناس ، والحرج مدفوع شرعا

مخالفة الوكيل

اذا قيد الوكيل فخالف فاما أن يشترى غير ما وكل بشرائه (كأن يأمره الموكل بشراء ثوب جوخ فيشترى ثوب حرير) واما أن يخالف في الثمن ، فان كان الأول نفذ الشراء على الوكيل[1] ، وان كان الثاني فاما أن يشترى بأكثر من الثمن أو بأقل منه ، فان اشترى بأكثر من الثمن فلا ينفذ الشراء على الموكل

---

(١) لكن اذا كان الوكيل محجورا عليه فان الشراء يتوقف على إجازة الموكل

مطلقا (سواء كان وكيلا بشراء معين أو غير معين) وان اشترى بأقل من الثمن فان الشراء ينفذ على الموكل فى ثلاث حالات «الأولى» أن يكون الموكل بشرائه شيئاً معيناً . «الثانية» أن يكون غير معين ولكنه وفق ماوصف الموكل «الثالثة» أن تكون قيمة مااشتراه قدر الثمن المعين

وإذا كان السعر معروفا عند الناس كثمن الخبز واللحم ، فلا ينفذ على الموكل إلا بثمن المثل .

ولا يجوز للوكيل بشراء معين أن يشترى لنفسه فى غيبة موكله الشيء الذى وكل بشرائه (لأن فيه عزل نفسه من الوكالة وهو لا يملك عزل نفسه إلا إذا كان الموكل حاضرا ولكن اذا اشتراه بثمن أزيد مما عينه له الموكل أو بجنس آخر جاز ذلك . وكذلك لا يجوز له أن يشترى مال نفسه لموكله من نفسه ، ومثله فى ذلك وكيل البيع لأن الشخص الواحد لا يكون بائعا ومشتريا . وللوكيل حبس مااشتراه عن الموكل ، حتى يأخذ منه ثمنه (سواء دفع ثمن المبيع إلى البائع أم لم يدفعه) لأن بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية فالوكيل بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشترى ، فاذا هلك المبيع وهو محبوس فى يد الوكيل لزمه أداء ثمنه ولا يلزم الموكل منه شيء ولكنه إذا هلك فى يده من غير أن يحبسه أو ضاع منه بدون تعديه فانه يهلك على الموكل ولا يسقط من الثمن شيء ، لأن الوكيل فى هذه الحالة بمنزلة الموكل ويده كيده

ويجوز للوكيل بالشراء رد مااشتراه على البائع إذا وجد به عيبا قديماً وكان المبيع فى يده ، فان سلمه لموكله فليس له رده بالعيب بدون إذنه

الوكيل بالبيع

اما أن يعين الموكل للوكيل الثمن الذى يبيع به أو يفوض الأمر اليه فان عين له ثمنا فليس له أن يبيع بأنقص منه ، فان خالف فباع بأنقص منه ، وسلم

المبيع للمشترى فللموكل فسخ البيع ،وان أطلق الموكل ولم يعين ثمنا صح البيع بنقصان يسير . ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير ،نقود الذهب والفضة ، حالة أو إلى أجل متعارف (١) فان باع بأجل أطول مما جرى به العرف عند التجار فلا ينفذ البيع على الموكل . وعلى كل حال فانه يجب أن يراعى حال الموكل من حيث احتياجه إلى الثمن حالا أو رضاه به مؤجلا ، ولا يجوز للوكيل بالبيع أن يبيع الشيء الموكل ببيعه لمن لا تقبل شهادتهم له (٢) إلا اذا كان الثمن أكثر من القيمة وذلك منعا للتهمة ولأن المنافع بينه وبينهم متصلة فيصير كأنه يبيع لنفسه ، ولكن إذا أمره الموكل بالبيع لهم جاز بيعه بمثل القيمة لا دونها ، وهذا هو قول الامام . وقال الصاحبان يجوز البيع لهم بغبن يسير أيضا . ولا يجوز له أن يبيع ماوكل ببيعه لابنه الصغير ولو صرح له الموكل لأنه بذلك يكون بائعا ومشتريا لتوليه طرفى العقد وحده

وللوكيل بالبيع أن يأخذ رهنا أو كفيلا على المشترى بما باعه له مؤجلا ولو لم يأمره الموكل بذلك ، فان أمره الموكل أن لا يبيع مؤجلا إلا برهن أو كفيل فليس له مخالفته

وان عقد الموكل والوكيل معا عقد بيع ، أو عقدا عقدين فى وقتين مختلفين ، ولكن لم يعلم السابق منهما ، فان المشتريين يشتركان فى المبيع ويخير كل منهما بين الأخذ والترك .

وحق قبض الثمن للوكيل . ولكن لو دفع المشترى الثمن للموكل صح دفعه وليس للوكيل مطالبته بعد ذلك ، واذا لم يقبض الوكيل الثمن من المشترى فلا يجبر على أداء الثمن من ماله ، وإن كان لا أجر له على الوكالة فلا يجبر على مطالبة

---

(١) وهذا هو مذهب الصاحبين المفتى به

(٢) وهم اصوله وفروعه وزوجه

المشترى بالثمن (لأنه متبرع بالوكالة) وله أن يحيل الموكل على المشترى أو يوكله عنه فى قبض الثمن ، وان كان له أجر كالدلال والسمسار ، فانه يجبر على تقاضى الثمن من المشترى (لأنه غير متبرع بالوكالة وقد أخذ أجرا على عمله فلا بد أن يتممه) واذا قبض الوكيل بالبيع الثمن كان فى يده أمانة ، فلا يضمنه الا بالتعدى أو التقصير فى حفظه

التوكيل بالخصومة

لكل من المدعى والمدعى عليه أن يوكل من شاء بالخصومة ، وهل يشترط رضا الخصم بالتوكيل أو لا — أما مذهب الصاحبين والأئمة الثلاثة فهو عدم اشتراط رضا الخصم مطلقا ، والعمل على ذلك فى محاكمنا الشرعية اليوم (١)

وأما مذهب الامام ففيه تفصيل ، وذلك ان الموكل إما أن يكون معذورا لا يستطيع المخاصمة أو يكون قادرا عليها فان كان معذورا جاز التوكيل بدون رضا الخصم ، وان كان قادرا على المخاصمة فلا يلزم الخصم بقبول المرافعة مع التوكيل ، وله أن يطلب المرافعة مع الموكل . ومن الأعذار المانعة السفر والمرض الذى يمنع صاحبه من حضور مجلس الحكم ، وعجز الموكل عن الافصاح والبيان فى الخصومة ، وكذلك السيدة المخدرة لها أن توكل بدون رضا الخصم . واذا كان الموكل حاضرا بنفسه فى مجلس الحكم مع وكيله فان ذلك جائز يلزم فيه التوكيل بدون رضا الخصم ، فاذا أراد الخصم أن يوجه سؤالا الى الموكل فلا مانع يمنعه حينئذ

والخصومة تشمل الانكار والاقرار ، ولكنها لا تشمل الصلح ، ولا القبض فيجوز للوكيل بالخصومة الاقرار (بغير الحدود والقصاص لأنها تسقط

---

(١) وان كان قد أصبح لمن يعين وكيلا بالخصومة عن غيره شروط مبينة بقوانين المحاكم الشرعية

بالشبهات) ولكن اذا قيده الموكل بعدم الاقرار صح التوكيل ، وكانت الوكالة مقيدة فلا يقبل اقرار الوكيل على الموكل فى هـــذه الحالة . وليس لوكيل الخصومة الصلح ، لأنه شيء آخر غيرها اذ هو مسالمة وكذلك ليس لوكيل الصلح أن يخاصم . وليس لوكيل الخصومة والمطالبة بالدين أن يقبض الدين (لأنه ربما كان غير مأمون على الأموال) إلا إذا كان العرف أن المطالب بالدين يقبضه فيرجع الى العرف . ووكيل قبض الدين لا يملك الخصومة مع المديون على قول الامام ، وقال الصاحبان ان له ذلك

عزل الوكيل

الوكالة من العقود غير اللازمة ، فيجوز للموكل أن يعزل الوكيل متى أراد ويجوز للوكيل أن يعزل نفسه ، ولكن اذا تعلق بالوكيل حق للغير ، فان الوكالة تصير لازمة حتى يوفى ذلك الغير حقه ، كما اذا رهن المديون ماله ، وعند حلول الأجل وكل آخر يبيع الرهن فلا يعزل ولا تبطل وكالته بالعزل لتعلق حق المرتهن به . وينعزل الوكيل بموت الموكل أو بخروج أحدهما عن الاهلية ولكن فى الوكالة ببيع الرهن اذا مات الموكل (الراهن) أو خرج عن الاهلية فلا ينعزل الوكيل سواء كان هو المرتهن أم العدل أم شخصا آخر . ولا بد من علم الموكل والوكيل بالعزل فاذا عزل الوكيل نفسه ولم يعلم الموكل بذلك فلا تخرج الوكالة من عهدته حتى يعلم الموكل بعزله نفسه ، واذا عزله الموكل يبقى على وكالته الى ان يصل اليه خبر العزل ، ويكون تصرفه صحيحا الى ذلك الوقت ، واذا عزل الموكل وكيله بقبض الدين فاما أن يكون وكله بحضور مدينه أو يكون قد وكله فى غيبته ، ففى الحالة الاولى لا يملك عزله بدون علم المديون ، فان دفع اليه الدين من دون أن يعلم بعزله ، فانه يبرأ من الدين ، وفى الحالة الثانية يجوز له عزله بدون علم مدينه إذ لا ضرر . والوكالة تنتهى بانتهاء الشيء الموكل فيه

وينعزل الوكيل من الوكالة عزلا حكميا

الرهن

الرهن لغة حبس الشيء بأى سبب كان (وفى الشريعة) جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه ، ويسمى الشيء المرهون رهنا ومعطيه راهنا وآخذه مرتهناً. وينعقد الرهن بايجاب وقبول ولكنه لا يتم إلا بالقبض ، ويشترط أن يكون الراهن والمرتهن عاقلين سواء كانا بالغين أم صبيين مميزين ، ويشترط أن يكون المرهون صالحا للبيع (أى مالا متقوما موجودا مقدور التسليم) فاذا قبضه المرتهن محوزاً مفرغا متميزا تم العقد لوجود القبض بكماله ، فان لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه ، وان شاء رجع عن الرهن ، وان قبضه قبضاً ناقصاً بأن كان مشاعا أو متصلا بغيره (كرهن البناء بدون الأرض) أو مشغولا بملك الراهن (كرهن الأرض بدون الشجر) كان رهناً فاسدا وسيأتى حكمه . ويشترط فى مقابل الرهن أن يكون دينا ثابتا فى الذمة سابقا على الرهن أو موعودا به ، أو عينا من الأعيان المضمونة كالمقبوض على سوم الشراء . وأما الأمانات فلا يؤخذ لأجلها رهن ، ويجوز للراهن والمرتهن أن يشترطا فى العقد وضع الرهن عند عدل يرتضيانه ، وأن يتفقا على ذلك بعد العقد فان رضى العدل صارت يده كيد المرتهن ويتم الرهن بقبضه . ولا يصح اشتراط تمليك العين المرهونة للمرتهن فى مقابلة دينه ان لم يؤده الراهن فى الاجل المعين لأدائه بل يصح الرهن ويبطل الشرط . ويصح توكيل الراهن المرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل لاستيفاء دينه من ثمنه ، وكذا يصح توكيل الراهن العدل أو غيره بالبيع لايفاء الدين . واذا كان لمدين غرماء متعددون فانه يجوز أن يعطيهم رهنا واحدا (سواء كانوا شركاء فى الدين المرهون به أم كان لكل منهم دين على الراهن على حدة) بشرط أن يرهنه عند

الكل بعقد واحد . ويجوز لهؤلاء الغرماء أن يضعوا الرهن عند عدل أو عند أحدهم أو يتهايئون حفظه . ولكن اذا كان الرهن مما يتجزأ ، ولا يضره ذلك فانه يجوز لكل منهم أن يرتهن منه بقدر حصته من الدين

والرهن إما أن يكون ملكا للراهن أو مالا استعاره من مالكه واستأذنه فى رهنه فأذن له المالك بذلك . وسأذكر ما يتعلق بالرهن المستعار متصلا بعضه ببعض عقب أحكام الرهن

ويجوز للأب أن يرهن ماله عند ولده الصغير وأن يرتهن مال ولده لنفسه. وأما الوصى فلا يجوز له أن يرهن ماله عند اليتيم ، ولا أن يرتهن مال اليتيم لنفسه ، وذلك لأن الأب لوفور شفقته على ولده جاز له أن يتولى طرفى العقد بخلاف الوصى ، فانه وكيل محض وليس له هذه الصفة التى للوالد .

استدراكان :

الأول : لا يشترط أن تكون قيمة الرهن مساوية للدين ، بل يجوز أن تكون أقل أو أكثر ، فان كانت أكثر فالزائد أمانة ، وإن كانت أقل كان الرهن فى مقابلة بعض الدين لا كله

والثانى : للمرتهن أن يفسخ عقد الرهن وحده ، لانه هو الذى له حق حبسه ففسخه تنازل عن حقه فى الحبس ، وليس للراهن أن يستقل بفسخ الرهن لتعلق حق المرتهن به

احكام الرهن

قد علمت مما تقدم أن مقابل الرهن إما أن يكون ديناً سابقاً على الرهن أو موعودا به ، وأن الرهن إما صحيح أو فاسد (كرهن المشاع الخ) ، وأن عقد الرهن الصحيح متى تم لا يستقل الراهن بفسخه . فان كان الرهن سابقا على الدين فحكم الصحيح والفاسد واحد بلا فرق ، فيحبس المرتهن الرهن فى

كلتا الحالتين ، حتى يستوفى دينه بتمامه ، ويكون أحق بالرهن من الراهن . واذا مات الراهن مديونا فالمرتهن أحق بالرهن من سائر الغرماء ، حتى يستوفى منه كل حقه . وعلة ذلك فى الرهن الفاسد أن الدين أعطى لأجله وفى مقابلته، وفى الرهن الصحيح هذه العلة السابقة وكونه صحيحاً فلا يفسخ بدون رضا المرتهن وان كان الدين سابقاً على الرهن فالحكم مختلف . أما الصحيح فله الأحكام المتقدمة وأما الفاسد فيفسخ ولا يثبت له حكم منها ، لأن الدين لم يعط لأجله . ولا يمنع الرهن المرتهن من مطالبة الراهن بدينه ، لأن حقه باق بعد الرهن وإنما الرهن وثيقة بالدين . واذا قضى الراهن بعض الدين فلا يكلف المرتهن بتسليمه بعض الرهن ، بل يحبسه الى استيفاء مابقى منه ، ولو كان قليلا . ولكن اذا كان المرهون شيئين كفرسين مثلا وعين لكل منهما مقدار من الدين وأدى الراهن مقدار ما عليه لأحدهما كان له أن يأخذه ، اما اذا لم يعين فليس له الأخذ لحبس الكل بكل الدين ، واذا أراد الراهن أخذ الرهن لبيعه لقضاء دينه فلا يكلف المرتهن تسليمه اليه ، لأن حكم الرهن الحبس الدائم حتى يقبض دينه

حكم الرهن إذا مات الراهن او المرتهن او العدل

لا يبطل الرهن بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما بل يبقى رهناً عند الورثة . واذا مات الراهن باع وصيه الرهن باذن المرتهن ، وقضى منه الدين ، فان لم يكن له وصى ينصب القاضى له وصياً ويأمره ببيعه وقضاء الدين من ثمنه . وإذا مات المرتهن تقوم ورثته مقامه فى حبس الرهن الى استيفاء الدين ، لأن لهم عليه يداً مستحقة . واذا مات العدل يوضع الرهن عند عدل غيره بتراضى الراهن والمرتهن ، فان لم يتفقا يضعه الحاكم عند عدل ، وان شاء وضعه عند المرتهن اذا كان مثل العدل في العدالة ولو كره الراهن . وان

مات المرتهن مجهلا للرهن ، ولم يوجد فى تركته ، فان قيمة الرهن تصير ديناً واجب الأداء من تركته وتقبض الورثة من الراهن مقدار دين مورثهم

حكم الرهن المستعار

يجوز للمدين أن يستعير مال غيره ويرهنه باذنه ، فان أطلق المعير ولم يقيده بشىء جاز له أن يرهنه بأى قدر كان وعند أى شخص وفى أى بلد ؛ وان قيده فليس له أن يخالف إلا الى خير ، فان كانت قيمة الرهن عشرة جنيهات وأذن المعير للراهن المستعير أن يرهنه فى مقابل خمسه عشر جنيها فرهنه بأقل من خمسة عشرة جنيها بحيث لم ينقص عن عشرة فان هذه مخالفة الى خير ، أما اذا نقص عن عشرة كانت مخالفة الى شر فلا تجوز وبيان ذلك أن المعير اذا أراد فكاك الرهن وكان الدين أكثر من قيمة الرهن فدفعه الى المرتهن كان الزائد عن قيمة الرهن تبرعاً لا يرجع به على الراهن المستعير « كما سيأتى » . فهذا معنى المخالفة الى خير ، واذا هلك بدون تعد فانه يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين ويترتب على ذلك أنه لو رهنه بأقل من قيمته وهى عشرة جنيهات فان المعير لا يرجع على الراهن المستعير إلا بقدر الدين ؛ فهذا معنى المخالفة الى شر . وليس للمعير أن يرجع فى الرهن بعد أن يتسلمه المرتهن ويتعلق حقه به ، بل يحبسه المرتهن حتى يستوفى دينه ، وان كانت العارية مؤقتة بمدة معلومة فليس للمعير جبر الراهن على فكاك الرهن ، حتى تنتهى المدة . فاذا أراد المعير فكاك الرهن فللمسألة ثلاث صور : « الأولى » أن تكون قيمة الرهن مساوية للدين ، وفى هذه الحالة يجبر المرتهن على تسليم الرهن للمعير ، ثم يرجع المعير بما دفعه على الراهن المستعير ، لأنه غير متبرع لتخليص ملكه . « الثانية » أن يكون مقدار الدين أكثر من قيمة الرهن ، وفى هذه الحالة يجبر المرتهن أيضاً على تسليم الرهن للمعير ، ولكن لا يرجع المعير على الراهن إلا بقيمة

الرهن ، وأما الزائد فهو تبرع . وقد اعترض على الحكم في هذه الصورة بأنه لا معنى لتبرع المعير في هذه الحالة ، لأن غرضه تخليص ملكه لينتفع به ، ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله ، إذ للمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفي كل الدين ؛ وأجيب عن هذا الاعتراض بأن المعير مقصر في تقييد الرهن بالقيمة من أول الأمر ، فاذا ترك ما يدفع به الضرر ، كان في دفع الزائد مختاراً ؛ « الثالثة » أن تكون قيمة الرهن أزيد من الدين ، وفي هذه الحالة لا يجبر المرتهن على تسليم الرهن للمعير ، لأن الزيادة أمانة من جانب الراهن

حكم الرهن اذا مات المعير او المستعير

اذا مات الراهن المستعير مفلسا مدينا يبقى الرهن المستعار في يد المرتهن على حاله مرهونا ولكن لا يباع بدون رضا المعير . واذا مات المعير مدينا يؤمر الراهن بوفاء دينه وتخليص الرهن المستعار ، فان كان عاجزاً عن قضاء دينه يبقى الرهن على حاله عند المرتهن ، ولورثة المعير أداء الدين وتخليص الرهن

تصرف الراهن والمرتهن في الرهن

الراهن مالك للرهن ، والمرتهن متعلق حقه به ، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في الرهن تصرفاً يفوت حق الآخر إلا باذنه ، وهذا بيان مجمل وهاك التفصيل :

اذا باع الراهن الرهن ، أو آجره ، أو وهبه أو أعاره ، أو رهنه ، الى غير ذلك من التصرفات المحتملة للفسخ فان نفاذه يتوقف على رضا المرتهن ، فاذا أجازه المرتهن أو قضى الراهن دينه نفذت هذه التصرفات ، وخرج المرهون عن عهدة المرتهن ، ولكن في صورة البيع يتحول حق المرتهن الى الثمن بخلاف غيره من التصرفات الأخرى ، وذلك لأن البدل في البيع في مقابلة المبيع نفسه ،

فيقوم مقامه عند المرتهن لاستوائهما فى المالية(١) وأما بدل الاجارة فهو فى مقابلة المنفعة ، وحق المرتهن إنمـــاهو فى مالية العين لا فى المنفعة ، فكانت إجارته إسقاطا لحقه فى حبس الرهن . والتصرفات الأخرى ليس بمقابلهـا بدل حتى يقوم مقامها ، وكما لا يملك الراهن بيع الرهن ولا إجارته الخ كذلك المرتهن لا يجوز له بيع الرهن إلا اذا وكله الراهن ببيعه ، وليس له إيداعـه ولا إجارته الخ بلا اذن الراهن ، فان فعل ذلك كان متعديا ، فيضمن قيمة الرهن بالغة ما بلغت . واذا هلك الرهن فى يد من اشتراه من الراهن قبل أن يجيز المرتهن البيع ، فلا تصح الاجازة بعد ذلك ، ويخير المرتهن بين تضمين المشترى قيمته يوم هلاكه وتضمين الراهن ثم يأخذ القيمة رهنا عنده حتى يستوفى دينه ، فان ضمن المشترى رجع على الراهن بالثمن (لأن المبيع صار ملكه بالضمان) وإن ضمن الراهن فلا يرجع على المشترى (لأنه بالضمان خلص له الرهن ، فكأنه باع ملكه الخالص له وأخذ ثمنه ثم هلك عند المشترى) وإن تعدى المرتهن وباع الرهن بلا إذن الراهن فهلك فى يد المشترى قبل الاجازة كان للراهن الخيار فى تضمين المشترى أو المرتهن ، وأيهما ضمن صار الرهن ملكا له بالضمان ، فان ضمن المشترى رجع على المرتهن بالثمن ، وان ضمن المرتهن فلا يرجع على أحد بل يبقى الضمان عنده رهنا حتى يستوفى دينه

واذا تعدى المرتهن ورهن الرهن بلا اذن الراهن ، فهلك فى يد المرتهن

---

(١) وعن أبى يوسف أن المرتهن ان شرط عند الاجازة أن يكون الثمن رهناً كان رهنا ، وإلا فلا ، لأنه باجازته نفذ البيع وملك الراهن الثمن وانه مال آخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهناً إلا بالشرط ، كما اذا أجره الراهن وأجاز المرتهن الاجارة لا تصير الأجرة رهناً إلا بالشرط اهـ

الثانى ، فالراهن الأول مخير ان شاء ضمن المرتهن الأول قيمة الرهن ، وان شاء ضمن المرتهن الثانى ، فان ضمن الأول ترتب على ذلك أمران « أولهما » أن الضمان يحل محل الرهن عند المرتهن الاول ، ويصير رهنا بدله حتى يستوفى دينه « ثانيهما » أن المرتهن الأول بضمانه الرهن قد امتلكه ، فيكون رهنه عند الثانى صحيحا واذا يهلك الرهن عند الثانى فى مقابلة ما له من الدين (على التفصيل المبين فى الفصل الآتى) — وان ضمن الثانى ترتب على ذلك ثلاثة أمور : « الأول » أن يجعل الضمان رهنا عند المرتهن الأول « الثانى » بطلان الرهن الثانى كما هو ظاهر ، « الثالث » رجوع المرتهن الثانى على الأول بما ضمنه لأنه غره ، وبدينه أيضا لبطلان الرهن الثانى .

فلو كان رهن المرتهن الأول عند الثانى باذن الراهن الأول صح الرهن الثانى وبطل الأول ، ويكون الراهن كأنه أعار الرهن للمرتهن الأول ، ليرهنه عند الثانى .

ويجوز للمرتهن أن يعير الرهن للراهن ، وبذلك يخرج من ضمان المرتهن ، ولكن له استرداده الى يده ، فان استرده وأعاد قبضه عاد ضمانه لبقاء عقد الرهن ، فان هلك الرهن فى يد الراهن المستعير هلك مجانا ، فلا يسقط شىء من الدين ويكون المرتهن فى هذه الصورة أسوة الغرماء . واذا باع المرتهن ثمار العين المرهونة بلا اذن الراهن أو بلا اذن القاضى (اذا كان الراهن غائبا) فانه يضمن قيمتها ، وذلك لأن نماء الرهن كالثمر ، والولد ؛ واللبن ، والصوف ملك للراهن لتولده من ملكه ، ولو أذن الراهن للمرتهن فى أخذ هذا النماء فأخذه ، جاز ذلك ؛ ولا ضمان عليه ، لأنه استهلكه باذن مالكه ، واذا هلك النماء المذكور بدون تعد هلك مجانا لانه لم يدخل تحت العقد . ولا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن (سواء كان منقولا أم عقاراً) بدون اذن الراهن ، وله

أن يؤجره باذنه ، ويدفع الاجرة الى الراهن ، أو يحتسبها من أصل الدين برضاه ، وان كان الرهن قد بطل . ولو أذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع بالرهن أو اعارته فهلك الرهن قبل الشروع فى شىء من ذلك أو بعد رد العارية والفراغ من الانتفاع بالرهن هلك مضمونا بالدين لبقاء عقد الرهن ؛ ولو هلك فى حالة الانتفاع أو فى حالة العمل المستعار لأجله هلك أمانة ، فلا يسقط شىء من الدين لخروجه عن كونه رهنا الى كونه عارية . ولو سكن المرتهن الدار المرهونة فلا أجر عليه . ولو اختلف الراهن والمرتهن فى وقت هلاك الرهن فقال المرتهن هلك فى وقت العمل (ليبرىء نفسه من الضمان ، وقال الراهن هلك قبل العمل أو بعده (ليثبت عليه الضمان) فالقول للمرتهن لأنه منكر لوجوب الضمان) والبينة للراهن

والنفقات التى تلزم لحفظ الرهن واجبة على المرتهن لأنه مكلف بحفظه ، والنفقات اللازمة لاصلاح الرهن وبقائه تكون على الراهن لأنه ملكه . واذا أنفق أحدهما على الرهن ماليس واجبا عليه بدون اذن الآخر أو أمر القاضى فهو متبرع

مايجب على المرتهن والراهن عند هلاك الرهن

يجب على المرتهن أن يعتنى بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله وله أن يحفظه بنفسه وزوجته وولده وكل من يأتمنه على حفظ ماله ؛ ويجوز له أن يسافر بالرهن اذا كان الطريق آمنا إلا اذا قيده الراهن بالمصر فلا يجوز له السفر به . واذا هلك الرهن فاما أن يهلك بتعد واهمال أولا ، فان هلك بتعد أو اهمال كان مضمونا بقيمته (إجماعا) ولكن اذا كان المعتدى هو المرتهن فانه يضمن قيمة الرهن يوم قبضه (لأنه بالنسبة له مضمون بالقبض السابق) وان كان المتعدى أجنبيا فانه يضمن قيمته يوم إتلافه ؛ فان هلك بدون تعد

أو اهمال كان مضمونا على المرتهن بالاقل من قيمته (يوم قبضه) ومن الدين[1] فان كان الدين مائة وقيمة الرهن مائة فلا يرجع أحدهما على الآخر بشيء، وان كانت قيمة الرهن ثمانين فانه يبقى للمرتهن من الدين عشرون؛ وان كانت قيمته مائة وأربعين فان قيمة الزائد لا تضمن لانه أمانة . واذا نقص الرهن عند المرتهن قدراً أو وصفاً بدون تعديه فانه يسقط من الدين بنسبته فان نقصت القيمة النصف سقط من الدين النصف وان نقصت القيمة الثلث سقط من الدين الثلث وهكذا

ويتفرع على حكم هلاك الرهن عند المرتهن بدون تعد أنه اذا هلك الرهن فى يد المرتهن بعد استيفاء دينه من الراهن، وكانت قيمته قدر الدين أو أكثر فانه يهلك بالدين، ويلزم المرتهن أن يرد ما قبضه الى الراهن، وان كانت قيمته أقل من الدين يلزم المرتهن أن يرد الى الراهن مما قبضه منه قدر قيمة الرهن

واذا استحق الرهن بعد هلاكه عند المرتهن، وكانت قيمته قدر الدين و أكثر فضمن المستحق قيمته للراهن صار المرتهن مستوفيا دينه بهلاك الرهن عنده، لان الراهن بالضمان صار راهنا ملكه (كما تقدم) ، وان ضمن المستحق المرتهن القيمة يرجع المرتهن على الراهن بالقيمة لانه غره؛ وبالدين لبطلان الرهن

---

(١) وقال زفر انه مضمون بكل قيمته على أى حال؛ وقال الشافعى وأحمد انه أمانة فلا يضمن فى هذه الحالة . وأدلة الطرفين مبسوطة فى الهداية وشروحها وفى شرح الزيلعى فمن شاء فليراجعها؛ وانظر المهذب من كتب الشافعية؛ والمغنى من كتب الحنابلة

سداد الدين من الرهن

اذا حل أجل الدين يجبر الراهن على تأدية الدين وفك الرهن ، أو يبيع الرهن ويوفى الدين من ثمنه ، فاذا امتنع من ذلك بعد أمر الحاكم له فان الحاكم يبيع الرهن قهراً ، ويعطى الدين من ثمنه ، حتى لو كان الرهن دار سكناه وليس له غيرها . وان كان الراهن غائبا غيبة منقطعة ، ولم يعلم مكانه يرفع المرتهن الأمر إلى الحاكم فيبيع الحاكم الرهن ويقضى منه دينه .

وإذا خيف على الرهن التلف ، وكان الراهن غائبا يبيع المرتهن الرهن بأمر الحاكم أو يبيعه الحاكم ويكون ثمنه رهنا مكانه ، وإن باعه المرتهن بدون اذن الحاكم مع امكانه الاستئذان قبل تلفه كان ضامنا لقيمته بسبب تقصيره وتعديه

والوكيل ببيع الرهن يبيعه عند حلول الأجل ، ويقضى الدين منه ، فان امتنع الوكيل وكان الراهن غائبا فان الوكيل يجبر على البيع ، وإن كان الراهن حاضرا فلا يجبر الوكيل ، بل يجبر الراهن على بيعه ، فان امتنع يبيعه الحاكم ويوفى الدين من ثمنه ، والوارث بعد موت الراهن يقوم مقام الراهن فيما تقدم

الكفالة

الكفالة هى ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الاصيل فى المطالبة بدين . أو عين أو نفس . فالأصيل هو المطالب فى الأصل ويقال له المكفول عنه ، والمكفول والكفيل هو الضامن الملتزم بتأدية ما على الاصيل من الحق والمكفول له هو صاحب الحق فى المطالبة . والشىء المطالب به سواء كان مالا أم نفسا يقال له مكفول به ، وركن الكفالة الايجاب والقبول من الكفيل والمكفول له فلا تصح بلا قبول صاحب الحق أو نائبه ولو فضوليا فى مجلس العقد ، وقال

أبو يوسف : إنها تتم بإيجاب الكفيل وحده ، ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك . ولابد أن يكون الكفيل عاقلا بالغا ، والمكفول له كذلك ، أو صبيا مأذوناً له بالتجارة . وأما المكفول عنه فلا يشترط فيه شيء من ذلك ، فتصح الكفالة عن المجنون والصبي مطلقا[١]

ويشترط أيضا لصحة الكفالة أن يكون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل فلا تجوز بالقصاص ، ولا تصح كفالة نفس الغائب الذى لا يدرى مكانه . ويشترط أيضا فى كفالة المال أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بنفسه فان كان مضمونا بغيره أو غير مضمون فلا تصح كفالته ، فالمضمون بنفسه هو الاعيان التى تجب قيمتها عند هلاكها ان كانت قيمية أو مثلها ان كانت مثلية كالمبيع فاسدا والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمضمون بغيره هو الاعيان الواجبة التسليم وهى قائمة وعند هلاكها لا يجب مثلها ولا قيمتها بل يكون الواجب شيئا آخر كالرهن والمبيع قبل القبض فالاول مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ، والثانى مضمون بالثمن . وغير المضمون هو الامانات كالوديعة ومال الشركة والمضاربة والعارية والمقبوض على سوم النظر والمؤجر فى يد المستأجر ، ولكن اذا كفلت فى حال هلاكها بالتعدى

---

(١) اذا ادعى رجل على صبي أو مجنون شيئا فكفل رجل عنه بنفسه او بما عليه بغير إذن وليه ، فانه تصح الكفالة سواء كان الصبي مأذونا له فى التجارة ام لا وسواء كان عاقلا ام غير عاقل ، فان الزم الكفيل باحضاره فلا يجبر الصبي على الحضور معه الا فى حالتين . «الأولى» ان تكون الكفالة بطلب الصبي والصبي تاجر . «الثانية» ان تكون الكفالة بطلب ولى امره مطلقا . وان كانت الكفالة بمال وادى الكفيل ذلك المال ، فلا يرجع به على الصبي الا اذا كان تاجرا او امره وليه أو وصيه بالضمان

عليها جازت الكفالة لانها تكون حينئذ مضمونة

ويصح أن تكون الكفالة منجزة أو مضافة إلى زمن مستقبل ، أو معلقة بشرط ملائم بان يكون شرطا لوجوب الحق (كقوله ان استحق البيع فأنا ضامن) أو لامكان الاستيفاء (كقوله ان قدم زيد فعلى ما عليه من الدين) أو لتعذر الاستيفاء (كقوله ان مات ولم يدع شيئا فعلى ما عليه من الدين) . وإذا كفل المريض مرض الموت غيره فكفالته فى حكم الوصية فلا تنفذ بعد موته ان كان مدينا بدين محيط بماله وتنفذ فيما عدا ذلك ان خرجت من ثلث الباقى بعد أداء الدين . وتصح الكفالة عن الكفيل ، ويصح أن يتعدد الكفلاء

الكفالة بالنفس

المضمون فى الكفالة بالنفس هو إحضار المكفول ، فان اشترط فى الكفالة تسليمه فى وقت معين فالكفيل يجبر على إحضاره وتسليمه للمكفول له فى الوقت المعين عند طلبه . فان أحضره برىء من الكفالة ، وان لم يحضره فللحاكم أن يحبسه حتى يتبين له عجزه عن إحضاره . وإن كان المكفول غائبا ، فاما أن يعلم مكانه أولا ، فان كان لا يعلم مكانه فلا يطالب به الكفيل ، وان علم وأراد الكفيل أن يذهب اليه ليحضره فللمكفول له أن يستوثق بأخذ كفيل عن الكفيل ، ويبرأ الكفيل بتسليم المكفول للطالب فى مجلس الحكم أو فى مكان آخر بحيث يتمكن من مخاصمته بشرط أن يكون تسليمه اياه بطلبه أو يعلمه بأنه سلمه اليه بحكم الكفالة . وإذا مات المكفول برىء الكفيل وكفيله ، ويبرأ الكفيل الثانى ان مات الأول ، ولا يبرأ الكفيل بموت الطالب المكفول له ، بل يكون لورثته الحق فى مطالبة الكفيل باحضار المكفول .

الكفالة بالمال

تمهيدان :

(الأول) : الدين الصحيح هو ما لايسقط الا بالأداء أو الابراء كدين القرض والأجرة والثمن ، وغير الصحيح هو ماعدا ذلك كدين النفقة للزوجة وبدل الكتابة فان النفقة الواجبة للزوجة تسقط بالموت أو الطلاق[1] وبدل الكتابة يسقط بالعجز عن أدائه

(الثانى) : الكفالة إما أن تكون بامر المكفول عنه (كان يقول تكفل عنى أو اضمن عنى) أو بدون أمره . فان كفل بأمره رجع عليه بما أدى ، لأنه قضى دينه بأمره ، وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه ، لأنه متبرع بأدائه، ولا يمكن إثبات المال فى ذمة المطلوب بلا رضاه . وقال الامام مالك رضى الله عنه : الكفيل اذا أدى رجع على المكفول عنه سواء كفل بامره أم بغير أمره ، لأن الطالب باستيفائه المال من الكفيل قد أقامه مقام نفسه فى أخذ المال من الأصيل ، أو ملكه ماعلى الأصيل له فى مقابلة ماأخذه منه فان كان زيد مدينا لبكر بمائة جنيه فكفل خالد عن زيد وأعطى بكراً مائة الجنيه بحكم الكفالة ، فانه يرجع على زيد مطلقا بناء على مذهب الامام مالك وذلك لأن أخذ بكر (الدائن) مائة الجنيه من خالد (الكفيل) دليل على رضاه باقامة خالد مقامه فى أخذ مائة الجنيه (الدين المكفول) من زيد . أو يقال ان خالداً قد ملك مائة الجنيه التى فى ذمة زيد فى مقابلة مائة الجنيه التى أخذها منه — وهذا كلام وجيه — وقد رد على ذلك الحنفية بأن تمليك الدين لغير من عليه الدين لايجوز واستدلوا بما تقدم لكن الامام مالكا يجوز تمليك

(١) هذا هو ما كان عليه العمل قبل سنة ١٩٢٠ أما بعد ذلك فقد أصبح دين النفقة ديناً صحيحاً لايسقط الا بالأداء او الابراء . أنظر كتابنا الأحوال الشخصية

الدين لغير من عليه الدين ولا يعترض على مذهب بمذهب[1] . إذا فهمت هذا فاعلم أنه فى كل مسألة تجد فيها أن الكفيل يرجع على الأصيل ويطالبه ان ذلك إنما يكون اذا كانت الكفالة بأمر الأصيل . ولابد من أن يكون أمر الأصيل معتبراً بألا يكون مجنونا أو معتوها أو صبياً غير ماذون له

والكفالة تصح بالمال سواء كان معلوما أم مجهولا ، لأنها مبنية على التوسع ولا تصح الا بالدين الصحيح الثابت فى الذمة وبدين النفقة المقدرة للزوجة بالتراضى أو بامر القاضى[2] ولكن لا تصح كفالة أحد الشركاء حصة صاحبه فى الدين المشترك بينهم، لأنه لو حصل الضمان مع بقاء الشركة يصير ضامنا لنفسه، لأنه ما من جزء يؤدى من الدين إلا وهو مشترك بين الشركاء ، ولو قيل انها تصح فى حصة صاحبه بأن يكفل نصفا معينا فلا يمكن هذا أيضا ، لأنه يؤدى الى قسمة الدين قبل قبضه وهذا لا يجوز ، ولأن القسمة عبارة عن الافراز والحيازة بان يصير حق كل منهما مفرزا فى حيز على جهة ، وهذا لا يتصور فى غير الأعيان التى تدرك بالحس لأن الفعل الحسى يستدعى محلا حسيا ، والدين حكمى لا حسى . وكذلك لا تصح كفالة الوكيل بالثمن عن المشترى فيما باعه له لأن حق القبض ثابت للوكيل بالاصالة فيصير ضامنا لنفسه ، ومثل الوكيل الولى والوصى وناظر الوقف ، ومتى صحت الكفالة فانه يجوز للدائن مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أو مطالبتهما معا ، وان كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما ، وفى مذهب مالك تفصيل حسن فى هذه المسألة[3]

حكم الدين المكفول اذا كان مؤجلا أو حالا وتأديته

اذا كان الدين مؤجلا على الأصيل فانه يتأجل على الكفيل ، وان كان حالا

---

(١) أنظر كتابنا التزام التبرعات (٢) انظر الهامش السابق

(٣) أنظر كتابنا التزام التبرعات

وكفله الكفيل كفالة مؤجلة تأجل على الكفيل والأصيل[1] إلا اذا أضاف الكفيل الأجل الى نفسه ، أو اشترط الدائن وقت الكفالة أن يكون الأجل للكفيل خاصة . ففي هاتين الصورتين لا يتأجل على الأصيل ، واذا كان الدين حالا ثم أجل على الأصيل فانه يتأجل على الكفيل وكفيله . وان أجل على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثانى ، ولا يتأجل على الأصيل ، وان عجل الكفيل بدفع الدين المؤجل فلا يرجع به على الأصيل إلا عند حلول الأجل ، وليس للكفيل مطالبة الأصيل بالدين المكفول قبل أن يؤديه للدائن ، ومع ذلك اذا أداه وكان الأصيل صبيا محجوراً عليه فلا يرجع عليه إلا اذا كفله بأمر وليه

تعدد الكفلاء

إذا كان لدين كفلاء متعددون فذلك يكون على ثلاث صور : «الأولى» أن يكون كل منهم قد كفل على حدته كل الدين بعقد مستقل « الثانية » أن يكونوا قد كفلوا معا بعقد واحد ، «الثالثة» أن يكون كل واحد من الكفلاء قد كفل ما فى ذمة الآخرين فى الصورتين السابقتين ، ففي الصورتين الأولى والثالثة يطالب كل واحد بمجموع الدين ، وفى الصورة الثانية يطالب كل واحد منهم بمقدار حصته

حكم الكفالة اذا مات الاصيل أو الكفيل

الأجل يسقط بموت من له الأجل ، فاذا مات الأصيل ، وكان الدين مؤجلا يصير مستحق الأداء حالا بالنسبة له ويكون للدائن أخذه من تركته ، وكذلك اذا مات الكفيل فان الأجل يحل أيضا بموته بالنسبة اليه ، ويكون للدائن أخذه من تركته . فاذا أداه وارث الكفيل فلا يرجع على الأصيل الا عند

---

(١) ذلك لأن الطالب ليس له حال الكفالة حق يقبل التأجيل الا الدين فبالضرورة يتأجل على الأصيل بتأجيل الكفيل

حلول الأجل . واذا مات الأصيل والكفيل معا ، فللطالب أخذ الدين خالا من أى التركتين (لا تنس ماتقدم فى التمهيد الثانى)

(تتمة) إذا مات المدين مفلسا ولم يترك كفيلا ولا رهنا سقط عنه الدين وفى هذه المسألة كلام فانظره فى كتابنا التزام التبرعات

(تنبيه) — للكفيل بالنفس أو بالمال ان كانت كفالته حالة أن يمنع الأصيل من السفر « ان كانت الكفالة بأمره » ولا يدعه يتمكن منه حتى يخلصه من الكفالة بتسليم نفسه « فى كفالة النفس » أو بدفع الدين إلى الطالب «فى كفالة المال»

الابراء من الكفالة

أداء الأصيل أو الكفيل المال المكفول يوجب براءة الأصيل والكفيل وكفيله وإبراء الدائن الأصيل يوجب براءة الكفيل ولا عكس . واذا مات الدائن وانحصر ميراثه فى المدين برىء كفيله ، فان كان للدائن وارث آخر برىء الكفيل من حصة المدين فقط . واحالة الأصيل غريمه بالدين المكفول له على آخر حوالة مقبولة يوجب براءة الأصيل وكفيله . واذا استحق المبيع برىء الكفيل من الثمن الذى كان ضامنا له

الحوالة

إذا كان زيد مدينا لحسن بعشرة جنيهات ، فأحال زيد حسنا على بكر بهذا الدين يأخذه منه وقبل حسن وبكر هذا التحويل فانه يترتب على ذلك أن حسنا بعد أن كان يطالب زيداً بعشرة الجنيهات المذكورة أصبح يطالب بها غيره وهو بكر ، ويسمى هذا حوالة ، فالحوالة اذا هى نقل الدين من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر ، ويسمى المدين محيلا والدائن محالا وغريما

وطالباً . والملتزم بدفع الدين بدلا عن المدين محالا عليه ، والدين محالا به ، فان كان بكر (المحال عليه) مدينا لزيد (المحيل) أو لديه عين لزيد أمانة أو مضمونة وقيدت الحوالة بشيء من ذلك كانت حوالة مقيدة ، فيؤدي بكر الدين الذي أحيل عليه وهو عشرة الجنيهات من مال زيد الذي عنده سواء أكان ديناً أم عينا ، وان لم يكن لزيد مال مطلقا عند بكر ، أو كان له لديه مال (دين أو عين) ولكن لم تقيد الحوالة به ، بل أطلقت اطلاقا كانت حوالة مطلقة

شروط صحة عقد الحوالة ونفاذه

ولا يتم عقد الحوالة إلا باستيفاء شروط انعقاده ونفاذه وصحته فيشترط لانعقاده أن يكون المحيل والمحال عاقلين ، وأن يكون المحال عليه عاقلا بالغا . ويشترط لنفاذه كون المحيل والمحال بالغين فحوالة الصبي المميز « أي « كونه محيلا » وقبوله الحوالة لنفسه (أي كونه محالا) تنعقد موقوفة على اجازة وليه أو وصيه ، فان أجازها نفذت . ولكن يشترط في حال قبوله الحوالة لنفسه أن يكون المحال عليه أملأ (أغنى) من المحيل ، لأنه بدون ذلك لا يكون للحوالة فائدة . ويشترط لصحته رضا الكل أي المحيل [1] والمحال والمحال عليه . أما رضا المحيل فلأن ذوي المروءات يأنفون من تحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاه ، وأما رضا المحال فلأن فيه انتقال حقه إلى ذمة أخرى والذمم متفاوتة ، وأما رضا المحال عليه فلأنها الزام الدين ولا لزوم بلا التزام . ولكن اذا استدانت الزوجة النفقة بأمر القاضي فانها

---

(١) وقيل لا يشترط رضا المحيل ، لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر ، بل في ذلك منفعة لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم تمكن الحوالة بأمره

أن تحيل على الزوج بلا رضاه . ويشترط أيضا لصحة الحوالة أن يكون المحيل مدينا للمحال ، فان لم يكن مدينا له فهى وكالة لا حوالة ، ولا يشترط أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل كما تقدم فى الحوالة المطلقة .

الديون التى تجوز الحوالة بها

كل دين لا تصح به الكفالة فالحوالة به غير صحيحة ، وكل دين تصح به الكفالة فالحوالة به صحيحة ، ولكن يشترط أن يكون الدين معلوما ، فلا تصح الحوالة بالدين المجهول . وكما تصح الحوالة بالديون الصحيحة المترتبة أصالة فى الذمـــة تصح الحوالة أيضا بالديون المترتبة فى الذمة من جهة الكفالة والحوالة ، أى يجوز للكفيل والمحال عليه أن يحيلا على غيرهما

أحكام الحوالة

متى تم عقد الحوالة برىء المحيل من الدين ومن المطالبة [١] وثبت للمحال حق مطالبة المحال عليه ولكن براءة المحيل مقيدة بسلامة حق المحال [٢] وسيأتى تفصيل ذلك فى بيان مايوجب بطلان الحوالة)

---

(١) هذا قول أبى يوسف وهو المختار وقال محمد يبرأ المحيل من المطالبة فقط ولا يبرأ من الدين وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين (أحدهما) إذا أبرأ المحال المحيل من الدين قال أبو يوسف لا يصح ، وقال محمد يصح (ثانيهما) أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على انسان كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبى يوسف (كما لو أبرأه من الدين) وعند محمد ليس له ذلك (كما لو أجل الدين)

(٢) وان لم يكن ذلك مشروطا فى العقد ، لكنه يرجع فيه الى العرف ، ونظير هذا عقد البيع ، لما كان فى العرف يراد به سلامة المبيع للمشترى وخلوه من العيب فعند فواته بالاستحقاق أو بالهلاك قبل القبض أو عند ظهور عيب فيه يرجع المشتري بالعوض وهو الثمن ، كذلك الحوالة لأن ذمة المحال عليه خلف عن ذمة

وقد علمت مما تقدم أن الحوالة إما مطلقة أو مقيدة ، وأن المطلقة لها صورتان «الأولى» أن لا يكون للمحيل عند المحال عليه شيء ما «الثانية» أن يكون المحال عليه مدينا للمحيل أو لديه عين أمانة أو مضمونة له ، ولكن لم يلتفت في عقد الحوالة الى شيء من ذلك ، ففي الصورة الثانية يكون للمحيل الحق في مطالبة المحال عليه بماله عنده بعد الحوالة (لأنه لا تعلق للمحال بذلك الدين أو العين لوقوع الحوالة مطلقة عنه) بل الحوالة متعلقة بذمة المحال عليه ، وفي الذمة سعة فان أدى الدين المحال به للمحال سقط مما عليه للمحيل بقدر ما أدى ، وفي الصورة الاولى اذا أدى المحال عليه الدين بأمر المحيل فله الرجوع عليه ، وان أداه بدون أمره فهو متبرع . وفي الحوالة المقيدة ليس للمحيل مطالبة المحال عليه بالمال الذي قيدت به الحوالة «سواء كان دينا أم عينا مضمونة أم أمانة» وليس للمحال عليه دفع ذلك المال للمحيل ؛ لانه صار بمنزلة الرهن لتعلق حق

المحيل باحالته هو فاذا فات الخلف رجع بالاصل (فكأن الدين الذي في ذمة المحيل بمنزلة الثمن وكان ما التزم به المحال عليه بمنزلة المبيع فيكون حكمه عند هلاكه كحكم المبيع عند هلاكه) . وأما مذهب الشافعي رضي الله عنه فهو براءة المحيل براءة مطلقة لان عقد الحوالة مطلق لم يشترط فيه الرجوع فلا يرجع المحال بدينه عليه الا بسبب جديد يتبين به بطلان الحوالة من أصلها . وذلك كما لو أحال المشترى البائع بالثمن فرد المبيع بعيب أو ظهر أنه مستحق للغير أو هلك قبل القبض فان الحوالة تبطل لارتفاع الثمن وأما لو تعذر أخذ الدين بسبب جحود المحال عليه أو موته مفلسا فلا يرجع المحال على المحيل ، ونظير هذا ما اذا أخذ المحال عوضا عن الدين مع المحيل ثم تلف في يده (فكأن ما التزم به المحال عليه هو ذلك العوض الذي أخذه المحال في مقابلة دينه وكان جحود المحال عليه أو موته مفلسا بمنزلة هلاك العوض المأخوذ بدل الدين) . وانظر المهذب .

المحال به . وإذا اشترط فى الحوالة المقيدة أن يبيع المحال عليه العين التى للمحيل عنده ، ويؤدى الدين المحال به من ثمنها وتم العقد على ذلك فان المحال عليه يجبر على البيع وتأدية الدين من الثمن ، ولكنه لا يجبر على الدفع من ماله قبل البيع

وإذا أحال المرتهن غريماله على الراهن سقط حقه فى حبس الرهن ، وكذلك البائع اذا أحال غريماله على المشترى سقط حقه فى حبس العين المبيعة ، أما اذا أحال الراهن المرتهن بالدين على آخر ، أو أحال المشترى البائع بالثمن على آخر فلا يسقط حق المرتهن فى حبس الرهن ولا حق البائع فى حبس المبيع

والدين المحال به إما حال أو مؤجل وعلى كل فانه يتحول على المحال عليه بصفته التى كان عليها وهو فى ذمة المحيل فان كان حالا تكون الحوالة به حالة ويدفع المحال عليه الدين المحال به معجلا ، وان كان مؤجلا تكون الحوالة به على المحال عليه مؤجلة ولا يلزم بالدفع الا عند حلول الأجل ، ويترتب على ذلك أنه اذا مات المحيل بقى الأجل (لأن الدين انتقل الى المحال عليه) وان مات المحال عليه صار الدين حالا (لان الدين المؤجل يحل بموت المديون) فيؤدى من تركته فان بقى شىء من الدين رجع به على المحيل ليؤديه عند حلول الاجل (إذ الدين بالنسبة له مؤجل وهو حى لم يمت فلا يلزم بتاديته إلا اذا حل الاجل)

ما يوجب بطلان الحوالة وما لا يوجبه

اذا اشترط فى الحوالة خيار الرجوع للمحال فله الرجوع بدينه على المحيل ولكل من الحوالة المطلقة والمقيدة أسباب تبطلان بها

ما تبطل به الحوالة المطلقة

تبطل الحوالة المطلقة بأحد أمور ثلاثة : أمران متفق عليهما وأمر مختلف

فيه ، فأول الأمرين المتفق عليهما أن يجحد المحال عليه الحوالة ، وليس للمحيل ولا للمحال بينة « ثانيهما » أن يموت المحال عليه مفلسا ، ولم يترك شيئا (دينا أو عينا) يفي بأداء الدين المحال به ، ولا كفيلا بجميع الدين ، فان ترك شيئاً من ذلك فلا تبطل الحوالة . وأما الأمر المختلف فيه فهو أن يحكم الحاكم بافلاس المحال عليه وهو حي ، فذهب الامام الى أن الحوالة لا تبطل ، لأن مال الله غاد ورائح فلا مانع من أن يصبح المحال عليه غنيا بعد أن كان فقيرا . ومذهب الصاحبين أن الحوالة تبطل بناء على أن حكم الحاكم بالافلاس يصح عندهما خلافا له . وقالا ان المحال يعجز في هذه الحالة عن الوصول الى حقه وهذا يكفي في بطلان الحوالة ، وقد رجحوا قول الامام . ويترتب على هذا أن القاضي لو كان يعلم أن للميت دينا على مفلس فعلى قول الامام لا يقضي ببطلان الحوالة

ما تبطل به الحوالة المقيدة

هذه الحوالة اما أن تكون مقيدة بدين أو عين ، والعين اما أمانة أو مضمونة ولكل حكم . فان كانت مقيدة بدين ، وتبينت براءة المحال عليه من ذلك الدين فاما أن تكون تلك البراءة بأمر سابق على الحوالة أو عارض بعدها ، وفي كلتا الحالتين تبطل الحوالة قياسا ، ولكن في الاستحسان لا تبطل الحوالة في الحالة الثانية . وهاك مثالا يوضح لك المقام : اذا باع لك زيد فرسا بخمسين جنيها ثم أحال عليك غريمه بالثمن يأخذه منك ، فظهر أن الفرس مستحقة لبكر ومملوكة له من قبل تاريخ البيع فأخذها بحكم الاستحقاق ، فان الحوالة تبطل لبطلان الدين المقيدة هي به « وهو ثمن الفرس » بسبب سابق على عقد البيع « اذ تبين بذلك أن زيدا باع ملك غيره » . وأما إذا كانت الفرس وقت البيع ملكا لزيد « والبيع والحوالة على الصورة السابقة » فنفقت (أي ماتت) عنده قبل أن يسلمها اليك ، أو ظهر

لك عيب خفى فيها بعد أن تسلمتها فرددتها بعد العيب فان البيع يبطل ولا يكون للبائع حق فى الثمن أما الحوالة فانها تبطل «قياسا» لبطلان ماقيدت به وهو الثمن « وهذا هو مذهب الشافعي وزفر» وفى الاستحسان لا تبطل لأنه قيد الحوالة بالثمن وقد كان الثمن وقت تقييد الحوالة به واجب الأداء . فتبين بهذا أن الحوالة صحيحة فلا يؤثر فيها ذلك السبب العارض بعدها وان كان مؤثرا فى بطلان البيع

وان كانت مقيدة بعين أمانة كالوديعة فهلكت قبل أدائها للمحال بلا تعدمن المودع عنده فانه يبرأ و تبطل الحوالة ، فيعود الدين على المحيل (صاحب الوديعة) وكذلك استحقاق الوديعة للغير مبطل للحوالة كهلا كها بدون تعد ، وأما إذا هلكت بتقصير المودع عنده أو تعديه فلا تبطل الحوالة ، بل يضمن المودع للمحال قيمتها ان كانت من القيميات أو مثلها ان كانت من المثليات

وان كانت مقيدة بعين مضمونة كأن تكون تلك العين مغصوبة من المحيل فهلكت عند الغاصب المحال عليه (بتعديه أو بدون تعديه) فلا تبطل الحوالة، ولا يبرأ المحال عليه بل يضمن للمحال مثلها أو قيمتها ، لان العين المغصوبة مضمونة مطلقاً بخلاف الامانة . والخلاصة ان الحوالة المقيدة تبطل بهلاك ماقيدت به اذا لم يقم غيره مقامه بحكم الضمان

حكم الحوالة بعد موت احد العاقدين

اذا مات المحيل مدينا قبل استيفاء المحال جميع الدين من المحال عليه فما قبضه منه فى حياة المحيل فهوله (أى للمحال ويكون قد ملكه بالقبض) ومالم يقبضه فهو فيه أسوة غرماء المحيل ، ويقسم الدين بينهم بنسبة الديون التى لهم على المحيل فان كان دين الحوالة ألف جنيه — مثلا — فأخذ منه المحال مائتين فى حياة المحيل فلما مات المحيل وجد أنه مدين لزيد بألف جنيه ، ولبكر

بستمائة ، ولخالد بالف وستمائة ، فان الباقى من دين الحوالة وهو ثمانمائة جنيه يقسم بينهم جميعاً على نسبة ديونهم باعتبار « المحال واحداً منهم » وعلى ذلك يخص المحال (١٦٠) جنيهاً وزيداً (٢٠٠)جنيه وبكرا (١٢٠) وخالدا (٣٢٠) وليس للمحال أن يرجع بعد ذلك على المحال عليه ويطالبه بما بقى له . وقال زفر رحمه الله : ان دين الحوالة يختص بالمحال وحده ولا يشاركه فيه أحد غرماء المحيل . ومذهب زفر هو القياس لان حقه متعلق بالدين المحال به فله به امتياز على سائر الغرماء كالمرتهن بالنسبة للرهن ، وأما ماتقدم وهو مذهب الامام وصاحبيه فانه مبنى على أن بين الحوالة والرهن فرقا ، فالمرتهن واضع يده على المرهون وحابس له بخلاف المحال فانه غير واضع يده على شيء وليست الحوالة موضوعة للتمليك بل للنقل . واذا مات المحال عليه مدينا يقسم ماله بين الغرماء وبين المحال بالحصص ومابقى للمحال بعد القسمة يرجع به على المحيل . وإذا مات المحال وكان المحال عليه وارثا له بطل ما كان للمحيل على المحال عليه

براءة المحـــال عليه

يبرأ المحال عليه بتأدية الدين المحال به أو باحالة المحال على غيره وقبول ذلك الغير الحوالة

ولما كانت البراءة إسقاطا للحق ، والهبة تمليكا اختلف حكم ابراء المحال المحال عليه من الدين وهبته له . ففى حالة الابراء يسقط الدين فلا يرجع المحال عليه على المحيل بشىء ، وفى حالة الهبة يملك المحال عليه الدين فيرجع به على المحيل

« تتمة » فى حكم السفتجة — اذا أقرضت شخصاً مالا فى مصر على أن يكتب لك إلى بعض عملائه فى دمشق بأن يسلمه اليك هناك فهذا مكروه

لأنه قرض جر نفعا وهو منهى عنه « وهذا النفع هو أمن خطر الطريق » ولكن لو كان الاقراض بغير شرط ثم كتب بما تقدم فهو جائز ويسمى هذا القرض « سفتجة » وهو نوع من الحوالة . أقول ان حوالة البريد « بوليصةالبوستة » المعروفة عندنا ليست من هذا القبيل ، بل هى إجارة على إرسال النقود من بلد إلى بلد باجر معلوم

الشركات

الشركة هى خلط النصيبين فصاعدا بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر وتطلق على نفس العقد [١] . وهى على نوعين : شركة بسبب الملك وشركة بسبب العقد

شركةالملك

هى أن يملك اثنان أو أكثر عيناً أو ديناً بسبب من أسباب الملك . وهى اما اختيارية أوجبرية ، فالاختيارية هى مايكون الملك فيها بشراء ، أوهبة ، أو وصية ، أوخلط لأموالهم باختيارهم . والجبرية هى مايكون الملك فيها بارث ، أو باختلاط المالين أو الأموال بلا اختيار المالكين اختلاطا لا يمكن معه تمييزهما حقيقة بأن كانا متحدى الجنس ، أو يمكن تمييزهما بمشقة بأن كانا مختلفى الجنس

تصرفات الشركاء فى الأعيان المشتركة

لكل واحد من الشركاء فى الملك أن يتصرف فى حصته كيف شاء بدون إذن شريكه بجميع التصرفات التى لا تضر شريكه ، فله بيع حصته لشريكه ، أو

---

(١) وتطلق الشركة أيضا على نصيب أحد الشركاء ، تقول لى شركة فى كذا أى نصيب فيه . وهى بكسر الشين وسكون الراء ويقال أيضا شركة بفتح الشين وكسر الراء وهو المشهور على ألسنة الناس وانظر شرح غريب المهذب

لغيره بلا إذنه إلا فى صورة الخلط والاختلاط ، فانه لايجوز البيع لغير شريكه بلا إذنه . والفرق أن الشركة إذا كانت من الابتداء بان اشتريا حنطة أو ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه جائز للشريك والأجنبى لأحدهما بخلاف ما إذا كانت بالخلط أو الاختلاط فان كل حبة تكون مملوكة بجميع أجزائها ليس للآخر فيها شركة فاذا باع نصيبه لغير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه ، بخلاف بيعه للشريك للقدرة على التسليم والتسلم . وشركة الملك لا تتضمن الوكالة ، فكل واحد من الشركاء كالأجنبى فى الامتناع عن كل تصرف مضر فى حصة شريكه ، فاذا باع أحد الشريكين المال المشترك بلا اذن الآخر وسلمه للمشترى فهلك عنده ، فللشريك الآخر أن يضمن شريكه أو المشترى فان ضمن الشريك جاز البيع وان ضمن المشترى رجع (أى المشترى) بنصف الثمن على بائعه

السكنى فى الدار المشتركة

الدار المشتركة فى حق السكنى وفيما هو من توابع السكنى تجعل مملوكة لكل أحد من الشريكين على سبيل الكمال إذ لو لم تجعل كذلك يمنع كل واحد منهما عن دخول وقعود ووضع أمتعته فتبطل منافع ملكهما ، وذلك غير جائز وعلى ذلك اذا سكن أحد الشريكين الدار المشتركة صار ساكنا فى ملك نفسه فلا أجر عليه ، لأنه سكن بتأويل ملك . ثم ان كان كل من الشريكين حاضرا وسكن أحدهما الدار المشتركة مدة من الزمن ، فليس للثانى أن يطالبه بأجرة المدة التى سكنها ولا أن يطلب السكنى بقدر ما سكن شريكه لان المهايأة لا تكون الا بعد الخصومة أو بعقد بين الشريكين ولم يحصل شىء من ذلك ، وانما له أن يطلب قسمة الدار ان كانت قابلة للقسمة أو يتهايأها مع شريكه . وان كان أحد الشريكين حاضرا والآخر غائبا فسكن الحاضر فى كل الدار المشتركة فان

كان يعلم أن السكنى لا تنقصها فلا أجر عليه لحصة شريكه الغائب ، وللغائب اذا حضر أن يسكن مثل ما سكن الحاضر (وقد استحسن العلماء ذلك ، كما روى عن محمد ، وعليه الفتوى) . وان كان يعلم أن السكنى تنقص الدار ، وتلحق بها ضررا ، فلا يجوز له أن يسكنها وكذلك الحكم فى الانتفاع بالملك المشترك ، فان كان ينشأ من استعماله ضرر فلا يجوز والا فهو جائز على ماتقدم . واذا كانت الحصص مفرزة وسكن الشريك الحاضر فى حصة شريكه الغائب فذلك غير جائز ، فان تخربت فعليه ضمانها لأنه غاصب

زرع الأرض المشتركة

يجوز للشريك الحاضر أن يزرع كل الأرض المشتركة فى غيبة شريكه اذا علم أن الزرع ينفعها ولا ينقصها وليس للغائب بعد حضوره أن ينتفع بها كلها بقدر المدة التى انتفع بها شريكه ، وقيل له ذلك قياسا على السكنى فى الدار كما تقدم . . واذا علم الشريك الحاضر أن زراعة الأرض المشتركة تنقصها وأن الترك ينفعها ويزيدها قوة فليس له أن يزرع فيها شيئا أصلا فاذا زرعها فى هذه الحالة كان غاصبا فعليه ضمان نقصانها . وحصة أحد الشريكين أمانة فى يد الآخر فان هلكت بدون تعديه فلاضمان عليه

عمارة الملك المشترك

عمارة الملك المشترك على أصحابه بقدر حصصهم ، فأذا احتاج الى عمارة فلايخلو الحال من أمرين : (الأول) أن يكون قابلا للقسمة كدار كبيرة (الثانى) أن لايكون قابلا للقسمة كبيت وحمام صغيرين ، وعلى كل إما أن يتفق الشركاء جميعا على العمارة أو يمتنع بعضهم فان اتفقوا جميعا على العمارة فالأمر ظاهر وان امتنع أحدهم ففى المقام تفصيل ، فان كان الملك

لايقبل القسمة أو كان مشتركا بين قاصرين أو وقفين فان الآبى يجبر على العمارة واذا لابد من اذنه أو أمر القاضى ، فاذا بنى الشريك الآخر بدون اذن الآبى أو أمر القاضى فهو متبرع فلا يرجع على شريكه بشىء ، وان بنى باذن شريكه أو أمر القاضى رجع عليه بما أنفق بقدر حصته ، وان كان الملك يقبل القسمة وأبى أحد الشريكين أو الشركاء العمارة فلا يجبر الآبى لأنه يمكن قسمة ذلك الملك المشترك ويستقل كل شريك بحقه ، فان عمره الشريك الآخر بلا إذن شريكه فهو متبرع لأنه غير مضطر . ومن الملك الذى يقبل القسمة أن ينهدم بناء الدار أو الحمام الصغيرين ويصير كل منهما ساحة لا بناء فيها

شركة العقد

هى عبارة عن عقد بين المتشاركين فى رأس المال وفى الربح . وهى أنواع ويشترط لجوازها أن يكون المعقود عليه قابلا للوكالة فلا يصح أن تكون الأموال المباحة رأس مال للشركة ، وما حصله أحدهما فهو له ، وما حصلاه معا فهو لهما نصفين ان لم يعلم مال كل ، وما حصله أحدهما باعانة صاحبه فهو له ، ولصاحبه أجر مثله . ويشترط أيضا لجوازها أن يكون الربح معلوم القدر وأن يكون جزءا شائعا فى الجملة لا معينا .

وهاك بايجاز أنواع شركة العقد وحكم كل نوع منها

تنقسم شركة العقد إلى ثلاثة أنواع شركة بالأموال ، وشركة بالأعمال ، وشركة بالوجوه . وكل هذه الشركات الثلاث على وجهين : مفاوضة ، وعنان . ومعنى المفاوضة المساواة. إذ كل واحد من الشركاء مفوض اليه الأمر فى الشركة على الاطلاق ، ويقوم كل واحد منهم مقام الآخرين فى كل ما يتعلق بالشركة . والعنان اما مأخوذ من قولك عن لى كذا

أى عرض ، فسمى هذا العقد بذلك كأنه عن لكل واحد من مريدى الشركة أن يشترك مع الآخرين ، واما مأخوذ من عنان الفرس لأن كلا من الشركاء أعطى عنان التصرف لشركائه . وأقل عدد تتألف منه الشركة اثنان ، وليس لأكثره حد معين بعد أن يكونوا جميعا معروفين بأعيانهم ومشتركين فى العقد .

وكل نوع من أنواع الشركة يتضمن الوكالة ، فكل واحد من الشركاء يعتبر فى تصرفه فى مال الشركة وكيلا عن الآخرين ، وذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بين الشركاء ليتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه ، وهو الاشتراك فى الربح ، إذ لو لم يكن كل واحد منهم وكيلا عن غيره فى حقه ، وأصيلا فى حق نفسه لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشترى بالمشترَى . ويشترط فى جميع أنواع الشركة أن يكون كل من الشركاء مميزاً ، وهذا شرط عام فى جميع العقود كما قدمنا فى أحكام العقود العامة ، ويزاد على ذلك فى شركة المفاوضة البلوغ لأنه شرط فى الكفالة ، وشركة المفاوضة متضمنة للكفالة أيضاً فوق تضمنها للوكالة ، وأما شركة العنان فانها تتضمن الوكالة فقط ، ولذا تصح من الصبى المأذون بالتجارة ، ومثله المعتوه الذى يعقل البيع والشراء ، وان كان واحد منهما ليس أهلا للكفالة ، ولا بد من بيان نصيب كل واحد من الربح بياناً نسبياً كالنصف والربع (مثلا) فاذا سكت عن بيان الربح ، أو قيل يعطى فلان من الشركاء مقدار كذا دينارا أو درهماً من الربح فالعقد فاسد فى الحالتين وذلك لجهالة المعقود عليه فى الصورة الأولى ، وهو الربح ، ولاحتمال ألا تأتى الشركة بربح أكثر من القدر الذى سمى لبعض الشركاء فينقطع بذلك اشتراك كل الشركاء فى كل الربح ويفوت الغرض من العقد

شركة الأموال

ويشترط فى شركة الأموال أن يكون رأس المال من النقدين الذهب أو الفضة ويجوز أن يكون من النقود الأخرى المتداولة ، ولا بد من أن يكون رأس المال عيناً، فالديون التى فى الذمة لايجوز أن تكون رأس مال للشركة، أو جزءاً منه ، ولا بد أن يكون المال حاضراً حتى يمكن استعماله فى عمل الشركة. والأموال التى لا تعد من النقود كالعروض والعقار لا يصح أن يكون رأس المال منها (وانظر رد المحتار)

وفى شركة العنان لا يشترط تساوى أنصباء الشركاء فى رأس المال ، ولا تساوى أنصبائهم فى الربح ، بل تجوز المساواة فى كل ذلك أو بعضه كما يجوز عدم المساواة مطلقاً . رأما شركة المفاوضة فلا بد فيها حتما من تساوى الشريكين أو الشركاء فى رأس المال وفى الربح ، كما يشترط فيها أن تكون كل أموال الشركاء الصالحة لأن تكون رأس مال للشركة داخلة فى الشركة ، ولهذا كانت هذه الشركة يكاد يكون من المتعذر تحققها، وقد أنكرها الامام الشافعى إنكاراً شديداً ، وأما أصحابنا فقد أجازوها اعتماداً على إمكان وجودها ولو نادراً. وقد اشترطوا فى عقد المفاوضة إما ذكر لفظ المفاوضة ، أو ذكر جميع شرائطها بالتفصيل ، فاذا عقدت الشركة مطلقاً اعتبرت عناناً . وكل واحد من الشريكين أو الشركاء يكون وكيلا وكفيلا عن غيره من الشركاء فى شركة المفاوضة متى توافرت شروطها وتحقق وجودها ويكون وكيلا فقط فى شركة العنان . واذا نقص شرط من شروط المفاوضة . اعتبرت عناناً

شركة الأعمال

وتسمى شركة الصنائع والتقبل والأبدان . وصورتها أن يتفق اثنان أو أكثر من أرباب العمل على أن يشتركا أو يشتركوا فى تقبل العمل من الناس

ويكون الربح مشتركا بينهما أو بينهم على حسب الاتفاق ، ولا يشترط أن يكون العمل فى محل واحد ، ولا من جنس واحد بل يجوز كل ذلك ، فاذا اتفق خياطان أو خياط وصباغ على تقبل الخياطة والصباغة ويكون الربح شركة بينهما على نسبة معينة جاز ذلك . ويجوز لكل واحد منهما تقبل العمل ، ويقوم الآخر به ، أو يقوم كل منهما بجزء منه كأن يفصل أحدهما ويخيط الآخر الثوب . واذا قام أحد الشركاء بتقبل الأعمال فقط ، وقام بالعمل غيره من الشركاء كان له نصيب من الربح يستحقه بضمان العمل وإنجازه ، فالربح كما يستحق بالمال ، وبالعمل ، يستحق أيضاً بالضمان ، وكل واحد من الشركاء وكيل عن سائرهم في تقبل العمل ، والعمل الذى يتقبله يكون إيفاؤه لازماً عليه ، وعلى شركائه بحكم الشركة ، ولذا كان عنان شركة الأعمال فى حكم المفاوضة من حيث ضمان العمل ، وجواز مطالبة كل واحد من الشركاء بأجرة العمل ، وجواز دفع المستأجر الأجرة لأى واحد منهم. وهذا بخلاف شركة العنان فى الأموال لأن الحكم فيها يطبق على أحكام الوكالة فقط ، والربح يقسم فى شركة الأعمال على حسب الاتفاق بشرط أن يبين بمقدار نسبي كالنصف والخمس على ما بيناه آنفاً

شركة الوجوه

صورتها أن يتفق جماعة ، اثنان فأكثر ، من وجوه التجار الموثوق بهم ، على أن يشتروا سلع التجارة نسيئة ، ويقوموا ببيعها على أن يكون الربح شركة بينهم وإذا شرط التساوى فى المال المشترى نسيئة كانت شركة مفاوضة ، وإن شرط التفاوت كانت عناناً . وسبب استحقاق الشركاء الربح فى شركة الوجوه هو الضمان ، ويكون ضمان ثمن المال المشترى على نسبة حصص الشركاء فيه . وعلى هذا تكون حصة كل واحد منهم فى الربح بقدر حصته فى

المال المشترى ، واذا شرط لأحدهم زيادة على حصته فى المال المشترى كان الشرط لغواً ، ويقسم الربح عليهم على مقدار حصصهم من المال المشترى ، واذا خسرت الشركة قسمت الخسارة أيضاً على مقدار الحصص على النحو الذى يقسم به الربح . وشركة الوجوه إن كانت مفاوضة تضمنت الكفالة والوكالة معاً ، وإن كانت عناناً تضمنت الوكالة فقط

والكلام فى شركة العقد طويل جداً لا يتحمله هذا المختصر

المضاربة(١)

هى نوع من أنواع الشركة ، يكون فيه رأس المال من شخص ، والعمل من شخص آخر ، ويقال للأول صاحب رأس المال ورب رأس المال ، ويقال للثانى مضارب . وهو من العقود الدائره بين النفع والضرر كسائر أنواع الشركة .

وركنها الايجاب والقبول كغيرها من سائر العقود . وتنعقد بكل عبارة تفيد معناها . كأن يقول شخص لآخر : خذ هذه النقود التى مقدارها كذا واتجر بها على أن يكون الربح بيننا مناصفة (مثلا)

وهى تنقسم الى قسمين : مطلقة ؛ ومقيدة

فالمضاربة المطلقة هى التى لا تتقيد بزمان ، ولا مكان ولا نوع تجارة ولا تعيين من يعامله المضارب فى التجارة ، ولا بأى قيد كان

والمضاربة المقيدة هى ما قيدت ببعض ذلك أو كله ، كأن يقول رب رأس المال للمضارب اشتر برأس المال قطناً أو فولا أو عدساً أو قمحاً (مثلا) من بلد كذا فى وقت كذا وبعه فى جهة كذا ، فى زمن كذا ، ولتكن

(١) معنى المضاربة فى اللغة اتجار الانسان بمال غيره . تقول : ضارب له ؛ وضاربه بالمال ، وفى المال . وتسمى أيضاً القراض والمقارضة بلغة أهل الحجاز .

معاملتك مع فلان ، أو فى الجهة الفلانية الخ

ويشترط فى رأس المال أن يكون من النقود التى يتعامل بها فعلا من ذهب أو فضة وفلوس رائجة ، فرأس المال فى المضاربة كرءوس الأموال فى كل الشركات وعلى هذا لا يصح أن يكون العقار والعروض والديون التى فى الذمة رأس مال فى المضاربة ، لكن اذا قال رب المال للمضارب بع عقارى الفلانى أو خذ هذه العروض وبعها ثم اجعل ما تحصله من الثمن رأس مال للمضاربة ورضى المضارب بذلك كانت صحيحة ويعتبر المضارب وكيلا بالبيع أولا . ثم مضاربا بالثمن ، وكذا لو قال له اقتض الدين الذى لى فى ذمة فلان ، وهو كذا ، ثم ضارب به صحت المضاربة أيضا ويعتبر المضارب وكيلا بالقبض أولا ثم مضاربا . ومن هذا تعلم أنه يشترط فى المضارب أن يكون أهلا للتوكل . وفى صاحب المال أن يكون أهلا للتوكيل ، وهذا شرط عام فى كل أنواع الشركات

ولا بد أن يسلم رب المال مال المضاربة الى العامل حتى يتمكن من التصرف ،

ولو عمل رب رأس المال مع المضارب فسدت المضاربة لأن ذلك مخل بالتسليم ، ويشترط أن يكون رأس المال معلوما ، وذلك منعا للمنازعة . ومعلوميته تكون إما ببيان قدره ووصفه ونوعه ، وإما بالاشارة إليه . وعلى هذا إذا دفع شخص إلى آخر مبلغا من المال مشارا إليه . ولكن لا يعلم مقداره صح ذلك ، ثم إذا اختلفا فى القدر أو الوصف أو النوع فالبينة على رب رأس المال الدافع ، فان لم يكن له بينة على مايدعيه فالقول للمضارب ، الآخذ بيمينه .

ويشترط أن تكون حصة كل من العاقدين جزءا شائعا من الربح كالنصف أو الثلث أو الربع لأحدهما والباقى للآخر ، فان كان المشترط لأحدهما

مقداراً معيناً فسدت المضاربة لاحتمال أن الربح لا يأتى زائدا على ذلك المقدار المعين فتنقطع بذلك الشركة فيه فيفوت الغرض من المضاربة . والقاعدة هى أن كل شرط يوجب قطع الشركة فى الربح ، أو يوجب جهالة فيه فانه يفسد المضاربة

ولا نصيب للمضارب إلا من الربح فقط ، فلو شرط له شيء من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت المضاربة . واشتراط الخسارة على المضارب باطل ، وذلك لأن الخسران هو هلاك جزء من رأس المال فلا يجوز أن يلزم به غير مالك المال

والمضارب أمين على رأس المال ، فهو فى يده كالوديعة ، ثم هو من جهة تصرفه فيه وكيل عن رب المال ، وإن ربحت المضاربة كان شريكا لرب المال فى الربح(١)

واذا اشترى المضارب بغبن فاحش لا يدخل ما شتراه فى حساب المضاربة ويجوز للمضارب ، إذا كانت المضاربة مطلقة أن يبيع بالنقد والنسيئة ، وله قبول الحوالة بثمن ما يبيعه ، وتوكيل غيره بالبيع والشراء وايداع مال

---

(١) اذا أخذ انسان مالا من غيره يتجر به على أن يكون الربح كله للآخذ كان هذا قرضا ، وسيأتى حكمه . واذا أخذه ليتجر به لصاحب المال ويكون كل الربح لصاحب المال فهذا يسمى استبضاعا . وقد علمت معنى المضاربة . فهذه ثلاث صور فيما اذا كان المال من جانب والعمل من جانب آخر مضاربة . قرض . استبضاع وشركة المال أن يكون المال من الجانبين سواء اشتركا فى العمل أم قام به أحدهما . والربح بينهما على الشيوع على حسب الشرط ـ وقد يكون العمل من جانبين ـ بدون رأس مال ـ كشركة الأبدان ، وقد يكون العمل فيها من جانب ومن الجانب الآخر الضمان وسبب استحقاق الربح فى أنواع الشركات كلها واحد من ثلاثة . مال عمل . ضمان

المضاربة والرهن والارتهان والايجار والاستئجار والسفر لأجل الأخذ والعطاء إلا إذا كان السفر مخوفا . وأما إذا كانت المضاربة مقيدة فلا يجوز للمضارب أن يخالف ماقيد به بل يلزمه رعايته ، فاذا خالف الشرط كان غاصبا ، ومتى انقلب غاصبا صار الربح له ، والخسارة عليه ، وإذا تلف مال المضاربة كان ضامنا له بحكم الغصب من وقت المخالفة

وسبب استحقاق المضارب لحصته من الربح فى المضاربة الصحيحة هو عمله فيعطى الربح فى مقابلة مابذله من السعى والعمل ، ورب المال يستحق نصيبه من الربح بسبب ماله . وعلى ذلك إذا فسدت المضاربة كان كل الربح له لأنه ثمرة لرأس ماله . والفرض أن عقد المضاربة غير صحيح ولكن يكون للمضارب أجر المثل بشرط أن لا يتجاوز ماكان مشروطا فى عقد المضاربة هذا إذا أتت المضاربة بربح ؛ فان لم يكن ربح فلا أجر له

واذا تلف مقدار من رأس مال المضاربة فانه فى أول الأمر يحسب من الربح ، وذلك لأن الربح تبع . ورأس المال أصل فينصرف الهالك إلى التبع ، فاذا تجاوز مقدار الربح وسرى إلى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء أكانت المضاربة صحيحة أم فاسدة ، وذلك لأن المضارب أمين فلا يضمن إلا بالتعدى وليس من التعدى عمله الجائز له فى عرف التجار . وبالجملة فالضرر والخسارة عائدان على رب المال وحده ، وإذا شرط كون ذلك مشتركا بينه وبين المضارب فالشرط باطل ، غاية الأمر أن المضاربة إذا لم تأت بربح فلا شىء للمضارب ، وذلك لأن نصيبه بعض شائع فى الربح ، وإذا كان لاربح فلا نصيب له ، لأن مامنه ذلك النصيب معدوم . وفى هذا القدر كفاية هنا

المزارعة

المزارعة هي معاقدة على الزرع بين صاحب الأرض والمزارع فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد . وهي في معنى الاجارة والشركة ولذا قالوا أنها اجارة ابتداء وشركة انتهاء . وإذاً فهي من العقود الدائرة بين النفع والضرر ومثلها المساقاة

ويشترط لصحتها ثمانية شروط :-

الأول : أهلية العاقدين

الثاني : كون الأرض صالحة للزراعة ، لأن المقصود لا يحصل بدون ذلك

الثالث : بيان المدة ، لأن المزارعة عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي المعيار الذي يعلم به ذلك ، ولكن لو سكتنا عن المدة صحت المزارعة ووقعت على زرع واحد

الرابع . بيان من عليه البذر - قطعاً للمنازعة واعلاما للمعقود عليه ، وهو منافع الأرض أو منافع العامل ، وقيل يكتفي في ذلك بالعرف

الخامس : بيان نصيب من لا بذر له - لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلابد أن يكون معلوما ولو ضمنا بأن يبين نصيب الآخر فيكون الباقي هو نصيب الأول

السادس : أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل حتى يتمكن من العمل بدون مانع

السابع : بيان جنس البذر - ليصير الأجر معلوما

الثامن : تعيين حصة شائعة لكل من العاقدين في الخارج (أي المحصول) وكل شرط يقطع الشركة فهو مفسد للعقد كأن يشترط لأحدهما محصول موضع معين أو قدر معين

الأرض شيئا فلا شيء للعامل لأنه يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج . واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه ، فان كان رب البذر هو العامل فعليه أجر المثل للأرض ، وان كان رب الأرض فعليه أجر المثل للعامل. واذا لم يخرج شيء من المحصول فى المزارعة الفاسدة فان كان البذر من قبل العامل فعليه أجر مثل الأرض وان كان من قبل صاحب الأرض فعليه أجر مثل العامل واعلم أن المزارعة الفاسدة لا يجب فيها شيء من أعمال الزراعة على العامل، لأن وجوبه بالعقد والعقد لم يصح

انقضاء المدة وموت المزارع أو رب الأرض

اذا انقضت المدة قبل ادراك الزرع يبقى الزرع حتى يدرك ويلزم المزارع أجر ما فيه نصيبه من الأرض وتكون نفقة ما يلزم للزرع من سقى وحفظ وحصاد الخ على كل من صاحب الأرض والمزارع بقدر حصصهما . واذا مات صاحب الأرض والزرع بقل يداوم العامل على العمل الى إدراك الزرع. وليس لورثة المتوفى منعه إذ لا ضرر عليهم فى ذلك . وإذا مات المزارع والزرع غض فورثته تقوم مقامه فى العمل الى أن يستوى الزرع سواء رضى رب الارض أم أبى

المساقاة

المساقاة هى معاقدة دفع الشجر والكروم إلى من يصلحها بجزء شائع معلوم من ثمرها[١] ، والمراد بالشجر كل ما ينبت فى الأرض ويبقى بها سنة أو أكثر . وعقد المساقاة لازم من الجانبين فلا يملك أحدهما الامتناع والفسخ بدون رضا الآخر إلا بعذر بخلاف المزارعة فان رب البذر اذا امتنع من إلقاء البذر فى الأرض فلا جبر عليه ، لأنه لا يمكنه المضى فى العقد

---

(١) ويقال لها المعاملة

إلا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر فى الحال

والمساقاة كالمزارعة حكما وشروطاً بحسب ما يليق بها، فاشتراط بيان البذر وربه وصلاحية الأرض للزراعة لا معنى له فى المساقاة . واذا لم تذكر مدة فى المساقاة فانها تقع على أول ثمر يخرج فى تلك السنة ، واذا ذكرت مدة فاما أن يكون خروج الثمرة فيها محققا أو ممتنعا عادة أو محتملا : فان كان محققا صحت المساقاه ، وإن كان ممتنعا فسدت لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج ، وإن كان محتملا فالمساقاة موقوفة . فان خرج فى الوقت المسمى ثمرة يرغب فى مثلها صحت المساقاة ويقسم الخارج بينهما على حسب شروطهما، وإن تأخر خروج الثمرة عن الوقت المسمى فسدت المساقاة لتبين الخطأ فى المدة المسماة ويكون للمساقى أجر مثل عمله ليدوم عمله إلى إدراك الثمر . وإن لم يخرج شىء أصلا فلا شىء لأحدهما على الآخر لأن ذهاب الثمر يكون إذاً بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا

انقضاء مدة المساقاة وموت العاقدين أو أحدهما

اذا انقضت مدة المساقاة أو مات أحد العاقدين أو كلاهما وكان على الشجر ثمر لم يبد صلاحه فلرعاية مصلحتهما أو مصلحة ورثتهما (على اختلاف الصور) يستمر العامل أو ورثته على العمل حتى يدرك الثمر . وليس لصاحب الشجر ولا لورثته منع العامل أو ورثته ، فاذا أبى العامل أو أبى ورثته مداومة العمل وأرادوا قطع الشجر بالحالة التى هو عليها فان صاحب الشجر وورثته يخيرون بين ثلاثة أمور : « الأول » قسمة البسر على الشرط المتفق عليه ، (الثانى) إعطاء العامل أو ورثته قيمة نصيبهم من البسر ، (الثالث) الانفاق على البسر حتى يبلغ ويرجع بما أنفق فى حصة العامل أو ورثته من الثمر

القسمة

تعريفها وتقسيمها

هى لغة اسم للاقتسام وشرعا جمع النصيب الشائع فى جانب معين .
وسببها طلب الشركاء أو بعضهم ان ينتفع كل بما يملكه على وجه الخصوص.
وركنها الفعل الذى يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل والوزن والذرع والعد

وشرطها ألا تفوت المنفعة فاذا كانت تفوت المنفعة فلا يقسم القاضى جبراً كالبئر والحمام والبيت الصغيرين لأن الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا أدت الى فواتها لم يجبر الحاكم عليها غير أنه اذا تراضى عليها كل الشركاء صحت وإن فاتت المنفعة

والمال المقسوم إما أن يكون من جنس واحد أو من جنسين فأكثر وعلى كل إما أن يكون مثليا أو قيميا وقسمته فى جميع هذه الأحوال لا تعرى عن معنى الافراز والمبادلة. فالأفراز هو أخذ كل من المتقاسمين عين حقه ، والمبادلة أخذه عوضا عنه من نصيب صاحبه ، فما يجتمع لأحدهما بعضه كان له من قبل وبعضه كان لصاحبه ، فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب الآخر ثم إن كان المقسوم جنسا واحداً مثليا نحو ٥٠ كرسيا فأخذ كل واحد منهما ٢٥ منها فان نصف هذه الخمسة والعشرين كان ملكا له من قبل والنصف الثانى أخذه من صاحبه عوضا عما تركه له فى الخمسة والعشرين كرسيا الأخرى ، فتكون الحصتان اللتان دخلتهما المبادلة متساويتين من كل وجه ، لأن كل واحدة منهما نصف ٥٠ كرسيا من صنف واحد لا تفاوت بين آحاده فيكون كل منهما قد أخذ عين حقه بهذه القسمة وكأنه أفرز ملكه بعينه وميزه من ملك صاحبه ولم يقع بينهما تبادل. وبناء على ذلك يجوز لكل

منهما أخذ حصته فى غيبة الآخر وبدون إذنه . ولكن لا تتم القسمة إلا بتسليم حصة الغائب اليه فلو تلفت حصة الغائب قبل أن يتسلمها كانت الحصة الأخرى مشتركة بينهما .

وإن كان المقسوم جنساً واحداً قيمياً كعشرين فرسا فاذا أخذ كل واحد منهما عشرة أفراس كانت الحصتان اللتان دخلتهما المبادلة غير متساويتين من كل جهة لأن الجنس وإن كان واحدا . فبين آحاده تفاوت فلا يكون كل منهما قد أخذ عين حقه بيقين وبناء عليه لا يجوز لأحد الشريكين أن يأخذ حصته فى غيبة صاحبه غير أنه يجبر على القسمة إذا امتنع وذلك للتسامح فى هذا التفاوت بين الآحاد لتقارب المقاصد

وان كان المقسوم جنسين فأكثر سواء كان من المثليات أم القيمات أو مختلطا كأن يكون المال المشترك أقلاما وكراسات أو إبلا وخيلا وغنما فاذا أخذ أحدهما بعض هذه الأجناس والثانى البعض الآخر فالمبادلة فى هذه القسمة واضحة جدا

وعلى ذلك لا يجوز لأحدهما أخذ حصته فى غيبة الآخر ولا للقاضى أن يجبر الممتنع منهما على القسمة لتعذر المعادلة بينهما لفحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضيا على القسمة جاز ذلك لأن الحق لهما

والقسمة على ضربين : الأول أن يقسم كل فرد من أفراد المال المشترك على حدة ويعين نصيب المتقاسمين فى كل منهما كدار وحانوت وضيعة يقسم كل واحد منها نصفين وتسمى هذه قسمة تفريق

والثانى أن يجعل بعض الأفراد لأحدهما والآخر للثانى كعشرة أفراس يجعل لأحدهما ستة وللاخر أربعة وكدار وبستان وضيعة يجعل لأحدهما الدار والبستان وللثانى الضيعة وتسمى هذه قسمة جمع

والأموال بالنسبة إلى هذين قسمان الأول مايقبل كلا منهما وذلك كل متعدد تقبل آحاده التجزئة مع بقاء منفعتها الأولى كجملة من الدور والبساتين الكبيرة والضياع ، والثانى مايقبل أحداهما فقط . فضابط ما يقبل قسمة التفريق فقط أن يكون شيئا واحدا كدار أو ضيعة . وضابط مايقبل قسمة الجمع فقط أن يكون متعددا لاتقبل آحاده التجزئة مع بقاء منفعتها الأولى كعشرين فرسا وأربعين قنديلا

وينقسم كلا القسمين الى نوعين ،قسمة الرضا وقسمة القضاء ، فالأولى تكون بتراضى المتقاسمين فيما بينهما أو امام القاضى ، والثانية تكون بتقسيم القاضى الملك المشترك جبرا بطلب بعض المقسوم لهم

شرائطها

يشترط فى المال المقسوم : ـ

(١) أن يكون عينا فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل قبضه فاذا توفى شخص وله ديون فى ذمة آخرين فقسمها الوارثون على أن مافى ذمة زيد نها لا حدالورثة ومافى ذمة عمر لآخرمنهم وهكذافلا يصح هذاوما يحصله أحدهما من الدين يشاركه فيه الآخرون ، وإنما بطلت لأن الدين فى حكم المعدوم لانه وصف قائم بذمة المدين له وجود اعتبارى فقط والقسمة شرعت لتكميل المنفعة فى الموجودات الحقيقية المحسوسة

(٢) أن يكون ملكا للشركاء حين القسمة فاذا ظهر مستحق فان كان الاستحقاق للمقسوم كله بطلت القسمة وان كان لبعض شائع فى الجميع فسخت اتفاقا ولبعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تفسخ اتفاقا ولبعض شائع فى أحد النصيبين فسخت على قول أبى يوسف لا على قول الامام ، ولكن يخير من وقع الاستحقاق فى حصته بين أن يرجع بحصة المستحق

فى نصيب صاحبه أو يرد ما بقى ويقتسما ثانيا ، والمختار مذهب الامام واما مذهب محمد فمع أبى يوسف على رواية أبى سليمان ومع الامام على رواية أبى حفص وهو الصحيح نقلا

ولا تتحقق القسمة في المال المقسوم الا اذا أفرزت الحصص وتميزت فاذا كانت أرض مشتركة بين اثنين فقال أحدهما للآخر لك ذلك الجانب ولى هذا الجانب فالقسمة غير صحيحة لعدم وجود الحد الفاصل بينهما

ويشترط فى القسمة .

(١) أن تكون عادلة بحسب الاستحقاق فاذا ادعى أحد المتقاسمين أن فى نصيبه غبنا فاحشا فان كانت القسمة بقضاء القاضى بطلت اتفاقا اذا ثبت ذلك لأن تصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد . ولو كانت بالتراضى تفسخ فى الأصح لأن شرط جوازها المعادلة ولم توجد ولو ادعى أحد المتقاسمين الغلط فى القسمه وزعم أن شيئا من نصيبه فى يد صاحبه فان كانت هذه الدعوى قبل اقراره باستيفاء حقه سمعت وان كانت بعده فقيل لا تسمع للتناقض ، وقيل تسمع لأنه بنى اقراره بالاستيفاء على قول القاسم وثقته به ثم تبين له بعد ذلك الغلط فى القسمة بنفسه وهذا القول هو المصحح وعليه فتطلب منه البينة فان لم يكن له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيبه ونصيب المدعى لموافقته له فى دعوى الغلط بنكوله فيقسم بينهما على قدر استحقاقهما

(٢) ان كانت القسمة بالتراضى اشترط فيها رضا كل واحد من الشركاء فاذا غاب أحدهم لا تصح قسمة الرضا وإذا كان فى جملتهم صغير فوليه أو وصيه قائم مقامه وان لم يكن له ولى ولا وصى نصب الحاكم له وصيا ينوب عنه فى القسمة

(٣) ان كانت القسمة جبرا بالقضاء فلا تصح إلا بطلب بعض الشركاء ولو كان الطالب واحدا منهم فقط فاذا لم يوجد منهم طلب فلم تصح القسمة

ولكن فى طلب قسمة العقار تفصيل كما ترى - ان كان فى يد الغائب كله أو بعضه لا يقسم وان كان فى يد الحاضر وسبب الملك الارث فانه يقسم اذا كان الورثة كلهم حضورا أو كان الحاضر اثنين فأكثر أو واحدا منهم مع موصى له بالثلث ولا يقسم اذا كان الحاضر واحدا فقط . وإن كان سبب الملك الشراء ونحوه فلا يقسم إلا إذا حضر الجميع ولا يشترط فى ذلك كله البينة على سبب الملك عند الصاحبين وعند الامام لابد من إقامة البينة على الوفاة إذا كان سبب الملك الارث ولا تشترط البينة عنده إذا كان سبب الملك الشراء على ظاهر الرواية . إن كان الملك مطلقا فلا حاجة الى البينة كما فى كتاب القسمة من مبسوط محمد ومختصر القدورى ، وان كانت الدعوى دعوى يدلا ملك فلا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك كما فى الجامع الصغير

قسمة الجمع :

ان كانت بالرضا فهى صحيحة فى جميع الصور متى وجد الشرط المتقدم وهو حضور جميع الشركاء ورضاهم وإن كانت بالقضاء فلا تجوز إلا فى المثلى أو القيمى اذا كان كل واحد منهما جنسا واحدا أما فى الأجناس المختلفة فلا تصح وقد ألحقت كبار الجواهر بالأجناس المختلفة اتفاقا وكذا الدور فى مصر واحد ألحقت أيضا بالأجناس المختلفة على قول الامام وحده فلا تدخلها قسمة القضاء خلافا للصاحبين

قسمة التفريق :

تصح بالتراضى كقسمة الجمع متى وجد الشرط . وأما بالقضاء فعلى التفصيل الآتى :

اذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه بعد القسمة الانتفاع الذى كان له قبلها كقسمة دار كبيرة أو أرض زراعية صحت القسمة اتفاقا وان كان كل واحد من الشركاء لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة الانتفاع الأول كقسمة بيت وحمام صغيرين لا تصح القسمة اتفاقا

واذا انتفع أحد الشركاء بنصيبه بعد القسمة واستضر به الآخر فان كان الطالب صاحب الكثير قسم القاضى وان كان الطالب صاحب القليل لم يقسم وهذا القول هو المختار وعليه المتون وروى عن أبى بكر الرازى العكس. واذا كان الطريق أو المسيل مشتركا بين اثنين فأكثر وطلب أحد الشركاء القسمة وامتنع الآخرون فان كان يبقى بعد القسمة لكل واحد طريق أو مجرى لمائه يقسم القاضى جبرا وإلا فلا تصح قسمة القضاء إلا إذا كان لكل واحد طريق غير الطريق المشترك أو مسيل كذلك

أجرة القسام وكيفية القسمة

يستحب انصب قاسم يرزق من بيت المال ، ويصح أن يأخذ الأجر من المتقاسمين لا من بيت المال وان كان الأول أفضل لأنه أرفق بالعامة . والأجرة اذا أخذها من المتقاسمين تكون على نسبة الأنصباء على قول الصاحبين وعلى قدر الرءوس فى غير المكيل والموزون على قول الامام ، وفى رواية عنه عدم استثناء المكيل والموزون وروى عنه أيضا أن الأجرة تكون على طالب القسمة دون الممتنع . ويشترط أن يكون القسام عدلا مأمونا عالما بالقسمة

وكيفية القسمة ـ أن يصور القسام ما يقسمه ويعدله على سهام القسمة ويذرعه ويقوّم البناء ويفرز كل نصيب عن الباقى بطريقه وشربه ان أمكن ذلك ثم يلقب أحد الأنصباء بالأول والذى يليه بالثانى وهكذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول والثانى له ما بعده وإذا كان المقسوم

أرضا وبناء فنى قسمته ثلاثة أقوال مختارها أن الأرض تقسم بالمساحة ومن وقع البناء فى حصته يرد على شريكه فى مقابلة البناء ما يساويا من العرصة وإذا بقى فضل ولم يمكن تحقيق التسوية فان صاحب الفضل يرد فى مقابلته دراهم للضرورة

وإذا كان المشترك بينهما بيتاً كاملا وعلواً سفله لغيرهما وسفلا علوه لغيرهما ففى ذلك ثلاثة مذاهب المعتبر منها أن يقوم كل على حدته وتكون القسمة بحسب القيمة

وإذا وقع مسيل أو طريق أحد الأقسام فى قسم آخر فان كان ذلك مشروطاً فى القسمة صح وإلا فان كان قابلا للتحويل الى جانب آخر يحول وان كان غير قابل للتحويل ينظر ان قبل حين القسمة بجميع حقوقه بقى كل على حاله وإلا فسخت واستؤنفت

الخيارات فى القسمة وفسخها وإقالتها

فى قسمة الأجناس المختلفة قسمة جمع تثبت الخيارات الثلاثة اتفاقاً : خيار العيب والرؤية والشرط لأن القسمة فى حكم المقايضة . وفى قسمة المثليات المتحدة الجنس لا يثبت إلا خيار العيب وفى قسمة القيميات المتحدة الجنس تدخل الخيارات الثلاثة أيضاً على أصح الروايتين . ومتى خرجت سهام القرعة تمت القسمة وإذا تمت لا يسوغ رجوع أحدهم لرأى يبدوله ، ولكن إذا تبين الغبن الفاحش أو الغلط فى القسمة كان لهم الرجوع فيها كما تقدم فى شرائط القسمة

(تتمة) إذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة تفسخ القسمة إلا اذا أدى الورثة الدين أو أبرأهم الدائنون منه أو ترك الميت مالا سوى المقسوم يفى بالدين فعند ذلك لا تفسخ القسمة . ويصح إقالة القسمة بالتراضى

الكلام على المهاياة

المهايأة قسمة المنافع خاصة ولا تكون الا فى الأعيان فلا يصح التهايؤ فى

ثمر الأشجار ولبن الحيوانات وصوفها ، بل يقسم المتحصل منها بين الشركاء على قدر حصصهم

والمهايأة نوعان - زمانية ومكانية

مثال الأولى أن يتفق الشريكان على أن يزرعا الأرض المشتركة أو يسكنا الدار المشتركة هذا سنة وهذا سنة أخرى

ومثال الثانية أن يزرع أحدهما نصف الأرض والآخر النصف الثانى ، أو يقتسما سكنى الدار هذا مقدمها وهذا مؤخرها أو هذا علوها وهذا سفلها.

ويلاحظ فى المهايأة الزمانية أنها من قبيل المبادلة فتكون منفعة أحدهما فى نوبته بمقابلة منفعة الآخر فى نوبته وعلى ذلك لا بد من تعيين المدة فيها

وأما المهايأة المكانية فانها من قبيل الافراز وذلك بجمع منفعة أحدهما فى جانب ومنفعة الثانى فى الجانب الآخر فلا يلزم فيها ذكر المدة

وكما تجوز المهايأة فى الدور والأراضى تجوز فى الحيوان المشترك وفى الحيوانين وكل ما يمكن تبادل الانتفاع به كالسفينة والحمام وغير ذلك . واذا طلب أحد الشريكين المهايأة فى المال المشترك وطلب الآخر القسمة قدمت القسمة على المهايأة اذا أمكنت لأنها أقوى فى الاختصاص

واذا لم تمكن القسمة كما فى الدار الصغيرة وامتنع أحدهما عن المهايأة أجبر عليها بطلب الآخر لها

ويجوز لكل واحد من الشركاء بعد وجود المهايأة زماناً أو مكانا أن يؤجر ما فى يده لغيره ويأخذ الأجرة كما يجوز له أن ينتفع بنفسه

والمهايأة إن كانت بالتراضى فهى عقد غير لازم فيجوز أن ينفرد أحدهما بفسخه وإن كانت بحكم الحاكم فلا تفسخ إلا برضا الجميع

الغصب

معنى الغصب فى اللغة هو أخذ الشيء ممن هو فى يده على سبيل التغلب . قال تعالى (وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا) . ومعناه فى الاصطلاح الشرعى على قول الشيخين أبى حنيفة وأبى يوسف : إزالة يد محقة باثبات يد مبطلة علانية لا خفية فى مال متقوم قابل للنقل ، فلو كان المأخوذ غير مال كالميتة ، والحر أو كان مالا غير متقوم كخمر المسلم، أو كان مالا متقوما غير محترم ـ أى غير معصوم ـ كمال المحاربين ، أو كان غير قابل للنقل كالعقار ، فلا يسمى أخذ شيء من هؤلاء والاستيلاء عليه غصبا بالمعنى الفقهى الاصطلاحى عند أبى حنيفة وأبى يوسف فالغصب عندهما لا يتحقق إلا بنقل الشيء المأخوذ من مكانه الى مكان آخر . وأسقط محمد هذا القيد ، فالغصب عنده يتحقق فى العقار كما يتحقق فى المنقول . وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو هلك العقار فى يد من استولى عليه بدون حق ، قال الشيخان لا يضمن لأن يده عليه ليست يد غصب ، وقال محمد يضمن لأنه غاصب ، أما لو بقى العقار قائما كان رده الى مالكه واجبا بالاجماع . واكتفى الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد فى تحقق الغصب باثبات اليد المبطلة . فلو غصب شخص بقرة (مثلا) فولدت عنده ؛ ثم هلك ولدها ؛ فلا يضمن الغاصب على قول أبى حنيفة وأصحابه لعدم إزالة يد المالك عنه وقت الغصب لكونه موجودا وقتئذ ؛ وعلى قول الأئمة الثلاثة يضمن لوجود اليد المبطلة . ولو بقى حيا فرده هو وأمه الى المالك واجب بالاجماع

حكم الغصب

اذا هلك المغصوب فى يد الغاصب سواء أكان هلاكه بتعديه أم بغير تعديه

كان مضمونا عليه بمثله إن كان مثليا، و بقيمته ان كان قيميا: وذلك لأن يد الغاصب يد ضمان على أي حال . ثم ان كان المغصوب مثليا وعجز الغاصب عن رد مثله لانقطاعه من الأسواق وجب عليه رد قيمته يوم الخصومة على قول أبي حنيفة ، ويوم الغصب على قول أبي يوسف ، ويوم انقطاعه من الأسواق على قول محمد ، ولكل وجهة . وعلى قول الشافعي يضمن الغاصب المغصوب بأعلى قيمة له من يوم الغصب الى يوم الخصومة ، والمراد بيوم الخصومة يوم القضاء .

واذا بقي المغصوب في يد الغاصب على حالته التي كان عليها وقت أن غصبه وجب عليه رده الى المالك قال ﷺ : على اليد ما أخذت حتى ترد ، وقال لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً أو جاداً فان أخذه فليرده عليه . ويجب الرد في مكان الغصب لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن

وان كان المغصوب قد تغير عما كان عليه وقت الغصب فتغيره لا يخرج عن الأحوال الآتية :

الحالة الأولى . أن يتغير بزيادة من مال الغاصب كأن يغصب ثوباً أبيض فيصبغه ، أو دقيقاً فيلته بالسمن ، وفي هذه الحالة يخير المالك بين تضمين الغاصب قيمة ثوب أبيض ، ومثل الدقيق ، وبين أن يأخذ الاصل مع الزيادة ويغرم للغاصب ما زاده الصبغ والسمن وفي هذا رعاية للجانبين .

الحالة الثانية : أن يتحول المغصوب بفعل الغاصب الى شيء آخر يزول به اسمه الأول ويسمى باسم آخر كأن يغصب حنطة فيطحنها فتصير دقيقاً ، أو يغصب حديدة فيصنعها سكيناً ، والحكم في هذه الحالة أن المغصوب بعد تحوله يكون ملكا للغاصب وعليه ضمان مثل ما غصبه أو قيمته للمغصوب منه ، وذلك لأن ما غصبه يعتبر في حكم الهالك بسبب تحوله الى شيء آخر .

الحالة الثالثة : أن يتغير المغصوب من تلقاء نفسه كأن يغصب عنباً فيجف فيصير زبيباً ، وفى هذه الحالة يخير المالك فان شاء استرد المغصوب عيناً ، ولا يرجع بشيء على الغاصب ، وان شاء ضمن الغاصب مثله أو قيمته يوم الغصب

الحالة الرابعة : أن ينقص سعر المغصوب بدون تغير فيه ، بل كان سبب نقص السعر فتور الرغبات فيه ، وفى هذه الحالة ليس للمالك إلا استرداده ، فلو امتنع من قبوله وطالب الغاصب بقيمته يوم الغصب لا يلتفت اليه لأنه لا دخل للغاصب فى تراجع الأسعار .

حكم زوائد المغصوب

زوائد المغصوب متصلة كانت أو منفصلة ، هى أمانة في يد الغصب لا تضمن إلا بالتعدى أو بمنعها من مالكها اذا طلبها ، ومذهب الشافعى كما تقدم أنها مضمونة على كل حال لأنها تعتبر عنده مغصوبة بسبب وضع اليد المبطلة عليها ، وأما عند أصحابنا فلا تعتبر مغصوبة لعدم إزالة اليد المحقة عنها ، كما أسلفنا .

حكم غصب المنافع

لا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا اذا نقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعى : منافع الغصب مضمونة فيجب على الغاصب أجر المثل ، وقد أفتى المتأخرون من علماء المذهب الحنفى بقول الشافعى في الوقف ومال اليتيم عملا بتلك القاعدة المتفق عليها وهى - يفتى بما هو أنفع للوقف مما اختلف فيه العلماء ومال اليتيم مثل مال الوقف بل هو أولى بالرعاية ، وأنظر ما قدمناه فى أحكام الإجارة .

حكم غصب غير المتقوم

اذا غصب شخص خمر مسلم وخنزيره فأتلفهما ، أو تلفا عنده فلا ضمان عليه وذلك لعدم تقومها فى حق المسلم ، فلو كانا لغير مسلم فعلى الغاصب الضمان عملا بعقد الذمة ، وقد أمر المسلمون بترك غيرهم من المقيمين فى دار الاسلام وما يدينون

(تتمة) الأمانات : كالوديعة والعارية والعين المستأجرة ومال الموكل فى يد الوكيل ومال الشركة فى يد أحد الشركاء وغلة الوقف فى يد الناظر غير مضمونة إلا اذا كان هلاكها بسبب التعدى عليها أو الاهمال فى حفظها أو جحود شىء منها عند مطالبة صاحبه به ومنعه عنه بدون مسوغ شرعى ، فاذا هلك شىء منها بعد ذلك المنع بدون تعد ولا إهمال فى الحفظ كان مضمونا على من هو تحت يده لأنه بالمنع بدون حق ينقلب غاصبا ، أما اذا كان المنع بحق أو بعذر يقره الشرع فلا يعتبر المانع غاصبا

الاتلاف : ومما يلتحق بالغصب من حيث الضمان اتلاف الانسان مال غيره بالاعتداء عليه أو بدون قصد بأن يكون المتلف مخطئا ، وفى كلتا الحالتين يجب الضمان على المتلف ولو كان مجنونا أو صبيا غير مميز (انظر كتاب الحجر) ويكون الضمان فى مال المتلف لا فى مال غيره فلا يكلف الأب بدفع قيمة ما أتلفه ولده الصغير من مال نفسه بل ان كان للصغير مال أدى الأب قيمة المتلف منه بحكم الولاية ومثله فى ذلك الوصى وكل من له ولاية على المال ، فاذا لم يكن للصغير مال فنظرة إلى ميسرة ، ولو أمر انسان صبيا باتلاف مال لغير الآمر فاتلفه الصبى كان الضمان أيضا فى مال الصبى أولا ثم يرجع به على الآمر .

(تتمة) اذا غصب المال المغصوب من الغاصب شخص آخر فانه يسمى غاصب الغاصب ، فان هلك المال المغصوب عند غاصب الغاصب كان للمالك الخيار فى تضمين أيهما شاء ، وله أن يضمن كل واحد منهما حصة من قيمة ذلك المال . وفى حكم غاصب الغاصب مودع الغاصب والمستعير، والمستأجر والمرتهن ، والمنهب منه ، لأن كل واحد منهم قد قبض المال من يد ضامنه فتكون يد الثانى كيد الأول كذلك .

العـــارية

الاعارة تمليك المنافع مجاناً حال حياة المملك ، والعارية هى العين المستعارة، ويقال لمالك العين معير وللمنتفع مستعير ، ويشترط لصحة الاعارة قابلية العارية للانتفاع بها مع بقاء عينها ، فان كان الانتفاع لا يتم الا بالاستهلاك فهذا هو القرض وسيأتى .

مايجوز للمستعير وما لا يجوز وضمان العارية

يجب على المستعير أن يعتنى بحفظ العين المستعارة وصيانتها كاعتنائه بمال نفسه . والاعارة إما أن تكون مطلقة أومقيدة ، والتقييد إما أن يكون بنوع الاستعمال ، كاعارة الدابة للركوب أوللحمل أوإعارة الأرض للبناء أوالغرس وإما أن يكون بوقت الاستعمال أومكانه أو بتخصيص الانتفاع بشخص معين فان كانت الاعارة مطلقة من كل قيد فانه يجوز للمستعير أن ينتفع بالعارية فى أى وقت وفى أى مكان وبأى استعمال أراد بشرط أن لا يتجاوز المعهود المعروف فان تجاوزه فهلكت العارية ضمنها. واذا قيد المعير نوع الاستعمال أو وقته أو مكانه فليس للمستعير أن ينتفع بالعارية فى غير الوقت والمكان المعينين وليس له مخالفة نوع الاستعمال المأذون به ومجاوزته إلى مافوقه ضرراً فان

خالف إلى أقل منه أو مثله جاز . وان عين المعير منتفعاً فاما أن تكون العارية مما يختلف باختلاف المستعمل كدابة للركوب وثوب للبس ، أو مما لا يختلف باختلاف المستعمل كالثور يستعار لحرث الأرض والحجرة تستعار لسكنى شخص . وعلى كل اما أن ينهى المعير المستعير عن إعارة العين لغيره أولا ، فان نهاه عن إعارة العين لغيره فخالف وأعارها فهلكت العارية يضمن المستعير مطلقا سواء كانت العارية مما يختلف باختلاف المستعمل أم لا ، وان لم ينهه فان كانت العارية مما يختلف باختلاف المستعمل فليس للمستعير اعارتها لغيره ؛ وان لم يعين المعير منتفعا بل أطلق الاعارة جاز للمستعير أن ينتفع بالعارية بنفسه ، وأن يعيرها لغيره مطلقا ولكن اذا كانت مما يختلف باختلاف المستعمل فليس للمستعير أن يعيرها لغيره بعد أن ينتفع هو بها ، ومتى جاز له أن يعيرها جاز له ان يودعها .

ولا يجوز للمستعير أن يؤجر العارية ولا يرهنها ولكن اذا استعارها ليرهنها باذن المعير جاز له ذلك . فاذا خالف فهلكت ضمن .

والقاعدة العامة للضمان أن العارية أمانة فى يد المستعير فان هلكت أو نقصت بدون تعد أو اهمال فلا تضمن ، وان هلكت بتعد أو اهمال وتقصير ضمنت . ومن التعدي مجاوزة الشرط الى ما فوقه ، وحبس العارية بعد مضي وقتها المعلوم أو بعد انتهاء العمل المستعارة لأجله ، وايداعها فى الحالة التى لا تجوز فيها اعارتها « ومن ذلك ردها الى مالكها على يد أجنبي فى تلك الحالة » ومن الاهمال أن يقصر فى حفظ العارية وأن لا يمنع عنها التلف مع كونه قادرا على منعه . وفى كل تصرف من التصرفات الموجبة للضمان اذا ادعى المستعير أنه فعله باذن المعير وأنكر المعير ذلك يضمن المستعير الا اذا أثبت دعواه ببينة .

والاعارة من العقود الغير اللازمة فللمعير أن يرجع فيها فى أي وقت شاء

سواء كانت موقتة أوغير موقتة ، ولكن اذا كان فى استردادها ضرر ازواله نهاية معلومة كالزرع فان العين تبقى فى يد المستعير بأجر المثل حتى يحصد الزرع ، واذا كانت الأرض معارة للبناء والغرس فاما أن تكون الاعارة مقيدة بمدة معلومة أوغير مقيدة فان كانت غير مقيدة كاف المعير المستعير قلع الشجر والبناء وليس له تملكهما بدون رضا المستعير ، ولكن اذا كان القلع يضر بالأرض فالمعير بالخيار إن شاء كلف المستعير قلعهما ورضى بالضرر وان شاء تملكهما جبرا على المستعير بقيمتهما مقلوعين ، وان كانت الاعارة مقيدة بمدة ورجع المعير على المستعير قبل انقضاء المدة وكلفه بهدم البناء وقلع الشجر فان المعير يضمن فرق قيمتهما حين القلع وانتهاء مدة الاعارة ، فاذا كانت قيمة البناء والأشجار مقلوعين حين الرجوع عن الاعارة ثلاثين جنيها وقيمتهما لو بقيا الى انتهاء وقت الاعارة تسعين جنيها لزم المعير أن يعطى المستعير ستين جنيها (وفى هذا المقام تفصيل وخلاف بين الأئمة لا يتسع له هذا المختصر) وانظر كتابنا التزام التبرعات

رد العارية

يلزم المستعير أن يرد العارية الى المعير بنفسه أو على يد أمينه فاذا ردها على يد غير أمينه فهلكت فعليه ضمانها ، وان كانت العارية من الأشياء النفيسة كالأحجار الكريمة والحلى يلزم فى ردها أن تسلم الى المعير نفسه ، وان كانت من الأشياء غير النفيسة جاز تسليمها الى من هو فى عيال المعير كابنه أو الى خادمه اذا كان من شأنه أن يتسلم مثلها ، ونفقة رد العارية ومؤونة نقلها على المستعير وكذلك النفقة عليها وهى عند المستعير

القرض

القرض هو أن تدفع لغيرك عينا معلومة من الأعيان المثلية التى تستهلك

بالانتفاع بها ليرد مثلها . ويتم القرض بالقبض فاذا هلكت العين المقترضة بعد العقد وقبل القبض فلا ضمان على المستقرض ومتى قبض المستقرض العين المقترضة دخلت فى ملكه وثبت فى ذمة مثلها لا عينها ولو كانت قائمة

وقال أبو يوسف لا يملك المستقرض القرض ما دام قائما (١)

ولا يصح القرض إلا فى المثليات حتى يتأتى رد البدل ، ومن ذلك استقراض نقود الذهب والفضة والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة . وتأجيل القرض صحيح ولكنه غير لازم فللمقرض استرداده قبل حلول الأجل(٢) وإذا طلب المقرض رد القرض وكان المستقرض معسرا لا مال له فنظرة الى ميسرة ؛ وان لم يكن فى وسع المستقرض رد مثل الأعيان التى اقترضها بأن استهلكها ثم انقطعت عن أيدى الناس فان المقرض يجبر على الانتظار إلى أن يوجد مثلها أو يرضى بأخذ قيمتها ، ويجوز وفاء القرض فى بلد آخر من غير اشتراط ذلك فى العقد ، ولا يجوز للأب اقتراض مال ولده الصغير لنفسه ولا اقراضه لغيره وذلك للعجز عن التحصيل وهذا القول هو الأصح ويقابله قول آخر صحيح وهو جواز الاقراض ومع ذلك فقد استثنى الاقراض للضرورة عند خوف حرق ونهب فانه يجوز اتفاقا . واذا لم يجز للأب اقراض مال ولده الصغير ولا اقتراضه فكذلك الوصى بالاولى . ومن اقترض شيئا من المكيلات أو الموزونات أو نقود الذهب والفضة فرخصت أسعارها أو غلت رد مثلها ولا عبرة برخصها وغلائها وذلك لأن القرض مضمون بمثله ؛ وفى هذا المقام

---

(١) واستدل بأن القرض اعارة الا أن العين هنا قامت مقام المنفعة والمنفعة لا تملك إلا باستهلاكها فكذا العين . ودليل الامام ومحمد أن العين لما قامت مقام المنفعة قام قبضها مقام قبض المنفعة

(٢) فى هذا خلاف أيضا ، أنظر كتابنا التزام التبرعات

تفصيل وخلاف يرجع اليه فى محله . وإذا استقرض صبى محجور عليه شيئا فاما أن يستهلكه أو يهلك هو وحده أو يبقى فان هلك وحده فلا ضمان ، وان بقى استرد ، وان استهلكه الصبى فعليه ضمانه (على قول أبى يوسف) وقيل لا يضمن (وهو قول الامام ومحمد)[1]

الوديعة

الايداع أن يجعل الانسان ماله تحت يد غيره ليحفظه له . ويسمى المال المودَع وديعة ، وينعقد الايداع بالايجاب والقبول صراحة أو دلالة ويتم بالتسليم حقيقة أو حكما ، فلو وضع شخص ماله بين يدى آخر ولم يقل شيئاً وسكت الآخر عند وضعه فانه يجب عليه حفظه . وإذا كانت الوديعة موضوعة فى صندوق مغلق أو نحوه وتسلمها المستودع عنده صح ذلك وان كان يجهلها ، فان ادعى صاحبها عند ردها اليه نقصان شيء منها فلا يجب على المستودع اليمين إلا إذا ادعى المودع عليه الخيانة ولكل من المودع والمستودع فسخ عقد الايداع متى شاء ، ومتى طلب صاحب الوديعة وديعته فعلى المستودع تسليمها اليه فان منعها منه بلا حق[2] وهو قادر على تسليمها فهلكت فعليه ضمانها ، فان كان عاجزا عن تسليمها فلا ضمان عليه بهلاكها ويشترط لصحة الايداع أن تكون الوديعة قابلة لوضع اليد عليها فلا يصح ايداع الطير وهو فى الهواء ، ويشترط أيضا كون المودع والمستودع عاقلين مميزين

أحكام الوديعة وحفظها وضمانها

الوديعة أمانة لا تضمن بالهلاك مطلقا سواء أمكن التحرز منه (كالسرقة)

---

(١) أنظر كتابنا الأهلية وعوارضها

(٢) فان كانت الوديعة سيفا أراد صاحبه أن يأخذه ليضرب به رجلا ظلما فللمستودع منعه شرعا وليقس على هذا أمثاله

أولا (كالحرق والغرق) وانما يضمنها المستودع بتعديه عليها أو تقصيره في حفظها وذلك لقوله ﷺ «ليس على المستودع غير المغل[1] ضمان» ولأن شرعية الوديعة لحاجة الناس اليها فلو ضمن المستودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل للمصالح . ولكن إذا كان الايداع بأجرة فهلكت الوديعة أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه[2] فضمانها على المستودع لأنه مستأجر على الحفظ قصدا وذلك يخرج الوديعة عن كونها أمانة ، وإذا اشترط في عقد الوديعة شرط على المودع عنده وكان الشرط مفيدا ومراعاته ممكنة وجب اعتباره والعمل به كأن يشترط جعل الوديعة في حجرة معينة فلا يجوز أن يجعلها المستودع في حجرة أخرى أقل منها صونا ، وان كان غير مفيد كأن يكون في حجرة صندوقان وهما سيان في الحفظ فيشترط جعل الوديعة في أحدهما بعينه أو كان مفيدا لكن مراعاته غير ممكنة كأن يشترط جعل الوديعة في دار معينة فينقلها المستودع الى محل آخر بسبب وقوع حريق في تلك الدار فهو لغو لا يتقيد به واذا أكره المستودع على تسليم الوديعة لغير مالكها اكراها ملجئا فسلمها اليه فلا ضمان عليه ، فان كان الاكراه غير ملجىء فعليه الضمان .

التصرف في الوديعة

لا يجوز للمستودع أن يودع الوديعة عند أجنبي من غير عذر بدون اذن صاحبها فان أودعها بلا اذنه وهلكت بتعدي المستودع الثاني فلصاحب الوديعة الخيار في تضمين أحدهما فان ضمن الأول فله الرجوع على الثاني (لهلاك

---

(١) المغل هو الخائن

(٢) تحديد ما يمكن التحرز منه يكاد يكون متعذرا فيجب الرجوع في كل حادثة الى الأسباب التي اتصلت بها واكتنفتها وبذلك يمكن الحكم بأن ما حصل يستطاع التحرز منه أولا

الوديعة بتعديه) ، وان ضمن الثانى فلا رجوع له على أحد ، وان هلكت عند الثانى بدون تعديه قبل أن يفارقه الأول فلا ضمان على أحدهما ، لأن الايداع لم يتم حتى تتحقق المخالفة وان هلكت بعد مفارقته فاصاحبها أن يضمن الأول لا الثانى . وكذلك ليس للمستودع أن يؤجر الوديعة أو يعيرها أو يرهنها أو ينتفع بها بدون إذن صاحبها فان فعل شيئا من ذلك كان غاصبا فيضمن الوديعة اذا هلكت بسبب من تلك الأسباب . واذا نهاه صاحبها عن السفر بها أو عين له مكان حفظها أو لم ينهه ولكن طريق السفر مخوف ، سواء كان برا أم بحرا وسار بها سفرا غير مضطر اليه فهلكت فعليه الضمان ، وان كان السفر لا بد له منه فاما أن يكون له عيال أو لا ، فان لم يكن له عيال أو كان له عيال وسافروا معه فلا ضمان عليه اذا هلكت الوديعة أثناء السفر فى الحالتين ، وأما اذا سافر وحده وترك عياله فليس له أن يسافر بالوديعة لأنه يمكنه أن يحفظها عند عياله .

خلط الوديعة بغيرها

اذا خلط المستودع الوديعة بماله أو بمال غيره بلا اذن صاحبها بحيث يتعسر تمييز المالين فعليه ضمانها ، وان كان الخالط غيره فضمانها على الخالط ، وان كان الخلط باذن صاحبها أو اختلطت بدون صنع أحد فان المستودع يصير شريكا لمالك الوديعة شركة ملك ، فان هلك المال بلا تقصير منه فلا ضمان عليه

حكم الوديعة عند غياب مالكها والنفقة عليها

اذا كان صاحب الوديعة غائبا غيبة منقطعة وفرض الحاكم (أى القاضى) عليه نفقة لزوجته ولمن تلزمه نفقته كأولاده فدفع المستودع اليهم بأمر الحاكم

من النقود المودعة عنده فلا يلزمه ضمانها . فان كان الدفع بلا إذن الحاكم فعليه الضمان وفى تلك الغيبة المنقطعة يجب على المستودع الاستمرار فى حفظ الوديعة فان كانت مما يتلف بالمكث باعها بأمر الحاكم وحفظ ثمنها عنده أمانة ، والوديعة التى تحتاج الى نفقة ومؤونة تكون نفقتها على صاحبها فان كان غائبا يرفع المستودع الأمر الى الحاكم والحاكم يأمره باجراء الأنفع والأصلح فى حق صاحب الوديعة فان كان يمكن ايجارها آجرها بأمر الحاكم وأنفق عليها من أجرتها أو باعها بثمن مثلها : واذا لم يمكن ايجارها باعها فوراً بثمن المثل أو أنفق عليها من ماله ثلاثة أيام ثم يبيعها بثمن مثلها ثم يطالب نفقة تلك الأيام الثلاثة من صاحبها واذا أنفق عليها بدون إذن الحاكم فهو متبرع فليس له مطالبة صاحبه بما أنفقه عليها

حكم الوديعة بعد موت المودع أو المستودع

اذا مات المستودع ووجدت الوديعة بعينها فى تركته فهى أمانة فى يد الوارث واجب عليه أداؤها لصاحبها فان مات مجهلا حال الوديعة ولم توجد فى تركته ولم تعرفها الورثة تكون دينا واجبا أداؤه من تركته كسائر ديونه . فاذا باع وارث المستودع الوديعة بعد موته وسلمها المشترى فهلكت فى يده يخير صاحبها بين أن يضمن البائع أو المشترى قيمتها يوم البيع والتسليم ان كانت قيمية أو مثلها ان كانت مثلية فان ضمن المشترى يرجع على البائع بالثمن الذى أعطاه اياه . وان كانت الوديعة قائمة فى يد المشترى يخير صاحبها بين رد البيع أو اجازته . واذا مات المودع تسلم الوديعة الى وارثه ، ولكن اذا كانت التركة مستغرقة بالدين يرفع الأمر الى الحاكم فان سلمها المستودع الى الوارث بدون اذن الحاكم فهلكت فعلى المستودع ضمانها

تنبيه

فى كل موضع لزم ضمان الوديعة ضمنت بمثلها ان كانت من المثليات ووجد فى السوق مثلها ، أو بقيمتها ان كانت من القيميات أو المثليات ولم يوجد مثلها فى السوق ، وليس هذا الحكم خاصـــا بالوديعة بل هو عام فى جميع مسائل الضمان

الصلح

الصلح (لغة) اسم من المصالحة (وشرعاً) عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما . وينقسم الى ثلاثة أقسام لا رابع لها وذلك أن المدعى عليه إما أن يقر بما يقوله المدعى أو ينكره أو يسكت فلا يقر ولا ينكر فاذا ادعى زيد أن له فى ذمة بكر ألف جنيه فأقر بكر بذلك ثم صالحه على إسقاط جزء منها واعطائه الباقى أو صالحه على أن يأخذ بدلها قطعة أرض أو داراً أو شيئا آخر فهذا صلح عن إقراره وهو فى الصورة الأولى أخذ لبعض الحق وابراء عن باقيه ، وفى الصورة الثانية معاوضة ، فاذا أنكر بكر أن لزيد فى ذمته شيئا ثم اتفق مع زيد على أن يعطيه مقدارا من النقود أو عينا من الأعيان ليفتدى نفسه من اليمين ويقطع المنازعة ورضى زيد بذلك فهذا صلح عن انكار وهذا الصلح بالنسبة للمدعى اما معاوضة واما ابراء عن بعض حقه وأخذ للبعض الآخر على ماتقدم فى الصلح عن اقرار ، وبالنسبة للمدعى عليه يعتبر فداء من اليمين وقطعا للمنازعة ، ومثله فى ذلك الصلح عن سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر . ثم الابراء وهو إسقاط الحق اما أن يكون ابراء عن الحق بتمامه وذلك باسقاطه كله واما أن يكون ابراء عن بعض الحق وذلك باسقاط بعضه وأخذ الباقى .

بيان من يعقد الصلح

يشترط أن يكون عاقدا الصلح عاقلين ولا يشترط أن يكونا بالغين ولكن يراعى فى صلح الصبى مصلحته بقدر ما يستطاع فلا يقدم على التنازل عن بعض حقه لا اذا خيف ضياع حقه كله . فيصح صلح الصبى المأذون ان لم يكن فيه ضرر بين . فاذا ادعى على شخص بمال وكانت له بينة تثبت حقه كله فلا يصح صلحه وان لم تكن له بينة وتحقق أن خصمه سيحلف صح الصلح . واذا ادعى على آخر بمال فصالحه على مقدار قيمته يصح ولكن اذا صالحه على نقصان فاحش فلا يصح ذلك الصلح ، واذا ادعى عليه أحد بشيء وأقر به صح صلحه عن اقرار أن . وله يصالح على تأجيل وامهال طلبه .

ولى الصغير المحجور عليه

اذا صالح ولى الصغير عن دعواه يصح ان لم يكن فى ذلك ضرر بين ، فاذا ادعى أحد على صبى بمقدار من النقود فصالح أبوه المدعى على بعضها صح ذلك ان كان للمدعى بينة فان لم تكن له بينة فلا يصح . واذا كان للصبى شيء فى ذمة آخر فصالحه أبوه بتنزيل مقدار منه فلا يصح صلحه ان كانت له بينة فان لم تكن له بينة وتحقق أن المديون سيحلف صح الصلح

الوكيل بالصلح

بدل الصلح [1] يلزم الموكل ولا يؤاخذ به الوكيل الا فى حالتين « الأولى » أن يضيف الوكيل الصلح الى نفسه بأن يقول المدعى صالحنى فى دعوى فلان بكذا « الثانية » أن يضمن الوكيل بدل الصلح بأن يقول صالح على كذا

---

(١) بدل الصلح هو الشيء الذى يأخذه المدعى من المدعى عليه . والمصالح عنه هو الشيء المدعى به

وأنابه كفيل . ففي هاتين الحالتين يؤخذ منه بدل الصلح لأنه في حكم البيع ثم يرجع به على الموكل (راجع حقوق العقد في أحكام الوكالة صفحة ١٧٥ وما بعدها)

احوال بدل الصلح والمصالح عنه وشروطهما

يصح أن يكون بدل الصلح مالا أو منفعة ويشترط أن يكون ملكا للمصالح وأن يكون معلوما ان كان مما يحتاج الى القبض والتسليم والا فلا . فلو ادعى زيد أن له حصة في الدار التي في يد بكر وادعى بكر أن له جزءا من الروضة التي في يد زيد ثم تصالحا على أن يترك كل منهما دعواه بدون تعيين مقدار الحصتين صح الصلح لأن مثل هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا ضرر فيها

الصلح عن الأعيان

اذا كان المدعى به عينا معينة (دارا أو أرضا أو عرضا) وأقر المدعى عليه بها للمدعي وصالحه عنها بنقود معلومة أو بعقار معلوم صح الصلح وكان حكمه حكم البيع فيثبت فيه خيار العيب والرؤية والشرط للمصالح (الآخذ بدل الصلح) ويثبت حق الشفعة لجار العقار المصالح عنه أو المصالح عليه . لأن كلا منهما بمنزلة المبيع ، فان كان كل منهما عقارا وجبت الشفعة . ويفسد الصلح بجهالة البدل المصالح عليه لاحتياجه الى التسليم والقبض فان انتفت الحاجة الى ذلك فلا فساد كما في المثال المتقدم الذي فيه كل من المالين بدل صلح ومصالح عنه باعتبارين . ولا تفسده جهالة المصالح عنه لأنه يسقط فلا نزاع . ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه يسترد هذا القدر من بدل الصلح كلا أو بعضا على نسبة المقدار المستحق . وان كان بدل

الصلح فى الصورة السابقة منفعة كسكنى دار أو زراعة أرض بمعلومة صح الصلح وكان حكمه حكم الاجازة فيبطل الصلح بموت أحدهما أو بهلاك المحل المنتفع به فى أثناء المدة

والصلح عن انكار أو سكوت هو فى حق المدعى معاوضة وفى حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة ، كما تقدم . فتجرى الشفعة فى العقار المصالح عليه ولا تجرى فى العقار المصالح عنه ، ولو استحق كل المصالح عنه أو بعضه يرد الى المدعى عليه هذا المقدار من بدل الصلح على حسب نسبة المستحق كلا أو بعضا ، ويرجع المدعى بالخصومة والدعوى على المستحق ، ولو استحق بدل الصلح كله أو بعضه يرجع المدعى بالدعوى كلها أو بعضها على المدعى عليه بما استحق كلا أو بعضا

ولرب الدين أن يصالح مديونه على بعض الدين ويكون أخذا لبعض حقه وابراء عن باقيه .

أحكام الصلح

إذا تم الصلح فانه يترتب عليه سقوط دعوى المدعى المصالح عنها فلا يقبل منه الادعاء بها ثانيا ، ودخول بدل الصلح فى ملك المدعى فلا يملك المدعى عليه استرداده منه . واذا مات أحد المتصالحين فليس لورثته فسخ الصلح لكن لو كان فى معنى الاجاره ومات أحدهما قبل مضى المدة فان الصلح يبطل بموته فيما بقى منها . واذا كان الصلح فى معنى المعاوضة فلكل من الطرفين فسخه بتراضيهما كما يفسخ عقد البيع . واذا انفسخ يرجع المدعى به للمدعى ، وبدل الصلح للمدعى عليه ، وان لم يكن فى معنى المعاوضة بأن كان متضمنا لاسقاط بعض الحق وأخذ بعضه فلا يصح نقضه وفسخه لأن الساقط لا يعود

وفى الصلح عن انكار يسقط حق المدعى فى الخصومة ، فليس له أن يخاصم المدعى عليه فى الدعوى المصالح عنها ولا أن يحلفه اليمين ولا أن يفسخ الصلح

واذا استحق بدل الصلح أو ضاع كله أو بعضه قبل تسليمه للمدعى ، فان كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود والمثليات فلا ينقض الصلح بل يلزم المدعى عليه بمثل ما ضاع كلا أو بعضا سواء كان عن اقرار أم انكار ، وان كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين بأن كان من القيميات فاستحق أو ضاع كله أو بعضه قبل قبضه فان كان الصلح عن اقرار يرجع المدعى على المدعى عليه بالمدعى به كلا أو بعضاً وان كان الصلح عن انكار يرجع المدعى الى المخاصمة

أحكام الابراء

الصبى والمجنون والمعتوه لا يصح إبراؤهم وإسقاطهم الحقوق التى لهم . والمريض مرض الموت اذا أبرأ وارثه من الدين الذى له عليه أو بعضه فلا يصح ذلك الابراء سواء كان على المريض دين أم لم يكن ، وأما إبراؤه غير وارثه من الدين الذى له عليه فان ذلك يعتبر من ثلث تركته بعد وفاء ما يكون عليه من الدين لدائنيه ، وان كانت التركة مستغرقة بالدين فلا يعتبر ذلك الابراء ، وللغرماء مطالبة المديون بما عليه من الدين

وغير هؤلاء الأشخاص المذكورين يصح ابراؤهم مطلقا سواء كان ابراء خاصا أم عاما متصلا بالصلح أم منفرداً عنه ، فيقول المدعى فى الابراء الخاص : أبرأت فلانا من كذا فلا تسمع دعواه فى خصوص ذلك بل تسمع فى غيره ، ويقول فى الابراء العام : أبرأت فلانا من جميع الدعاوى أو ليس لى عنده حق أصلا أو نحو ذلك فلا تسمع منه على المبرأ دعوى فى أى حق كان قبل الصلح ولكنها تسمع على الحق الحادث بعده لأن الابراء ليس له شمول لما بعده كما لا يخفى . ولا يتوقف

الابراء على قبول المديون لكن اذا رده قبل القبول ارتد وان مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته لأن الابراء قد تم

ومتى أبرأ شخص شخصا آخر من حقه يسقط حقه ذلك وليس له دعواه مرة ثانية . واذا تعدد المبرءون يلزم تعيينهم تعيينا كافيا لأن الابراء لشخص مجهول لا يصح ، وأما المعلوم فابراؤه صحيح

انتهى الكلام فى المعاملات المالية الشرعية

ويلى ذلك

كلام موجز فى المهر وبدل الخلع وتصرفات المريض والهبة والوصية والميراث والوقف تتميما لبيان كل أسباب الملك وما ينقله أو يقرر حقوقا عليه أو يزيله

المهر

هو المال الذى يجب فى عقد الزواج ، على الزوج لزوجته . وهو حكم من أحكام عقد الزواج . وليس ركنا ولا شرطا فيه ، فلو خلا عقد الزواج من تسمية المهر لم يخل هذا بصحته ، بالاجماع غير أنه ان سمى المهر تسمية صحيحة كان الواجب بمقتضى ذلك هو المسمى . وان لم يسم شىء ، أو كانت التسمية فاسدة كأن يكون فى المسمى جهالة فاحشة أو غيرها مما يفسد التسمية أو نفى المهر كأن قال تزوجب على غير مهر وقبلت ، ففى هذه الأحوال الثلاثة يكون الواجب هو مهر مثلها على مثله [1]

ويتعلق بالمهر ثلاثة حقوق .

(الأول) حق الله تعالى الى عشرة دراهم ، ومقدارها الآن خمسة وعشرون قرشا مصريا أى ربع جنيه مصرى وذلك لأن الشارع لم يشرع زواجا بغير مهر فيجب النزول على حكمه

(الثانى) حق الأولياء ، أعنى أولياء الزوجة إلى مهر المثل ، ولذا لو زوجت الحرة الرشيدة نفسها بأقل من مهر مثلها كان لأوليائها - كأبيها وأخيها وعمها - أن يعترض على ذلك ، ويطلب فسخ العقد دفعا للعار عن أسرتها ، ولئلا يتخذ مارضيت به من المهر أساسا لمهور أخواتها اللاتى يتزوجن بعدها وغيرهن من بنات الأسرة

(الثالث) حقها الى مهر مثلها أيضا ، ولا يكون أقل من ذلك إلا إذا رضيت به رضاء صحيحا ، ورضى به أولياؤها إن كانوا موجودين

---

(١) راجع هذا وكل مايتعلق بأحكام المهر بالتفصيل فى كتب الأحوال الشخصية

وبعد أن يستقر المهر فى ذمة الزوج فللزوجة أن تبرئه منه كله أو بعضه ، وليس لأى أحد أن يعترض عليها فى ذلك لأن المهر أصبح حقا خالصا لها لا يشاركها فيه أحد ، وصاحب الحق يتصرف فيه بمقتضى ملكه اياه كما يشاء ولا يجوز أن يقل المهر عن عشرة دراهم كما قدمنا ، ولكن لاحد لأكثره شرعا ، وان من المستحسن الاعتدال فيه . ولا يجب أن يكون من جنس النقدين الذهب والفضة ، بل يجوز أن يكون من كل نوع من أنواع الأموال المتقدمة ، عقاراً كان أو منقولا كذلك يجوز تعجيل المهر كله وتأجيله كله ، وتعجيل بعضه وتأجيل بعضه ؛ وأن يقسط أقساطا تؤدى فى مواعيد معينة وذلك بحسب اتفاق الزوجين . وبالجملة : إن كان فى ذلك شرط جائز شرعا اتبع ، وإلا اتبع العرف وهو يختلف باختلاف البلاد ، فبعضها يعجل الثلثين ويؤجل الثلث كما فى مدينة القاهرة ، وبعضها يعجل النصف ويؤجل النصف كما رأيت فى الاسكندرية وبعض القرى المصرية . وقد جرى العرف بأن المؤجل من المهر يستحق بموت الزوج ، أو بعد انقضاء العدة فى الطلاق الرجعى ، أو الفسخ أو الفرقة مباشرة فى الطلاق البائن . والعمل على هذا فى محاكمنا الشرعية المصرية .

مايؤثر فى المهر بعد وجوبه بالعقد

يعرض للمهر بعد وجوبه بالعقد الصحيح إحدى حالات أربع :

الأولى : مايؤكد المهر . ويكون ذلك إما بدخول الزوج بزوجته دخولا شرعيا . وإما بموت أحدهما قبل الدخول ، فاذا ماتت الزوجة كان مهرها الذى فى ذمة الزوج من ضمن تركتها ، وللزوج نصيب فيه بسبب الميراث ، واذا مات الزوج أخذت الزوجة مهرها أولا من تركته لكونها دائنة له ، ثم أخذت نصيبها الشرعي من الباقي بسبب الميراث . واما أن توجد الخلوة الصحيحة

بين الزوجين فيتأكد بذلك المهر أيضا . والخلوة الصحيحة أن يجتمع الزوجان في مكان آمنين من اطلاع غيرهما عليهما بغير إذنهما ، وأن يكون الزوج بحيث يتمكن من مباشرة زوجته بلا مانع حسى كوجود شخص ثالث عاقل معهما ؛ أو شرعى ، كحيض ، وصوم فرض أو طبيعى كالمرض هذه هى الأشياء الثلاث التى يتأكد بها كل المهر بعد وجوبه بالعقد الصحيح

الثانية : ماينصف المهر . إذا كان عقد الزواج صحيحا غير فاسد ، وقد سمى فيه المهر تسمية صحيحة ثم انحلت عقدة الزوجية بين الزوجين قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة ، وكان انحلالها بفعل الزوج كايقاعه الطلاق على زوجته ، كان الواجب للزوجة عند توافر هذه الشروط ، هو نصف المسمى فقط ، فان كانت قبضت المهر كله وجب عليها رد نصفه إلى الزوج ، وان لم تكن قبضت شيئا وجب على الزوج أن يعطيها نصف المهر المسمى فى الحال ، وذلك لأن الطلاق قبل الدخول لاعدة له ، بل للزوجة أن تتزوج فى الحال - بعد الطلاق - من شاءت

الثالثة . مايسقط المهر ويوجب المتعة بدله . إذا كان عقد الزواج صحيحا ، وكان الواجب وقت العقد هو مهر المثل للاسباب التى بيناها آنفا ثم وقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة ، وكان الزوج هو الذى باشر سبب الفرقة بقوله أو فعله ، سقط مهر المثل الذى كان واجبا فى ذمته لزوجته وحل محله المتعة وهى ثياب تتمتع بها المرأة ، أى تنتفع بها ، ويجوز أن يعطيها بدلها نقودا بشرط ألا تزيد على نصف مهر المثل - الا إذا أراد الزوج أن يتبرع بالزائد - وألا تنقص عن خمسة دراهم ، ويراعى فى نوع المتعة وقيمتها حال الزوج من حيث اليسار والفقر ، وقيل يراعي حال الزوجين معا

الرابعة : مايسقط المهر سواء أكان سمى تسمية صحيحة ، أم كان مهر المثل ، ولا يوجب بدله شيئا أصلا . ويكون ذلك بأن تأتى الفرقة بعد العقد الصحيح وقبل كل من الدخول والخلوة الصحيحة بفعل الزوجة كأن تختار نفسها عند البلوغ أو تفعل مايوجب حرمة المصاهرة بأحد فروع الزوج أو أصوله

(تتمة) كل عقد غير صحيح لايجب فيه مهر أصلا إلا إذا دخل الزوج بزوجته دخولا حقيقاً ، فحينئذ يجب للزوجة امامهر المثل اذا انتفت التسمية وقت العقد أو نفيت أو كانت غير صحيحة ، أو الأقل من المسمى ومن مهر المثل اذا كانت التسمية وقت العقد صحيحة . وكذا اذا حصلت المباشرة الجنسية بشبهة كأن تزف امرأة الى رجل على ظن أنها زوجته فيخالطها ثم يتبين أنها ليست بزوجته فانه يجب لها مهر مثلها ، والقاعدة الشرعية هي أن الوطء فى دار الاسلام لايخلو من مهر أو حد

قبض المهر والتصرف فيه

حق قبض المهر اذا كانت الزوجة بالغة رشيدة غير محجور عليها يكون لها هى بنفسها ، أو بمن توكله عنها فى قبضه ولا بد أن يكون التوكيل صريحا ، غير أن البكر اذا قبض أبوها مهرها بدون اذن صريح منها ، لكنها لم تنهه عن القبض ، وقد سكتت حين علمت به اعتبر هذا رضا منها بقبض أبيها مهرها . وقد جرت العادة أن البكر يقبض مهرها وليها ويقوم بتجهيزها منه . وفى الغالب يزيد عليه شيئا من ماله ، وقد يكون اضعاف المهر كما هو جار عندنا فى مصر . واذا كانت الزوجة صغيرة أو محجورا عليها فالذى يقبض مهرها هو ولى المال الشرعى وهو أبوها أووصيه ، وجدها أووصيه ، والقاضي أووصيه وقيم المحجور عليها بسبب السفه .

ولما كان المهر ملكا خالصاً للمرأة ، ولكل مالك أن يتصرف فى ملكه كما يشاء ، كان للزوجة أن تستبقى مهرها كله لنفسها وأن تهبه كله أو بعضه لزوجها أو لغيره ، ولا يجب عليها أن تجهز نفسها منه ، بل الزوج هو الذى يجب عليه القيام بالمسكن وكل مايلزم له من الأثاث والأشياء اللازمة للمعيشة الزوجية ، وهذا هو المعمول به فى محاكمنا الشرعية . ولكن العادة جرت بأن تدخل المرأة منزل زوجها بجهاز من عندها ، وحكم العادة فى هذا لا تأثير له فى إلزامها بذلك أو بشىء منه شرعا ، بل هو تفضل وتبرع منها ، وجهازها الذى تحضره هو ملك خاص لها تتصرف فيه كما تشاء . فليتنبه الى هذا

التأمينات على المهر

اذا كان المهر مؤجلا كله أو بعضه كان للزوجة أن تطلب من الزوج رهنا به أو كفيلا سواء أكان هذا الكفيل والد الزوج أو أحد اقاربه أو اجنبيا عنه . ويتبع فى هذا احكام الرهن والكفالة على ما هو موضح فى موضعه

هلاك المهر واستهلاكه واستحقاقه

إذا هلك المهر فى يد الزوجة بعد أن قبضته فهلاكه عليها كما هو الشان فى حكم هلاك كل مال فى يد مالكه بدون تعدى أحد عليه ، وكذا الحكم اذا استهلكته لانها باستهلاكها اياه قد استوفت حقها ، أما اذا استهلكه أو أهلكه غيرها فعليه الضمان لتعديه

واذا هلك المهر أو استهلك وهو فى يد الزوج قبل أن تقبضه الزوجة ، فان كان هلاكه بفعل الزوج ، أو بآفة سماوية (بالقضاء والقدر) أو بفعل نفسه ، كأن يكون المهر فرسا (مثلا) فتجرى فتقع فى بئر فتموت ، ففى هذه الأحوال الثلاثة يضمن الزوج المهر بمثله ان كان مثليا ـ وله مثل موجود فى

الأسواق - أو بقيمته . وان كان هلاكه بفعل الزوجة فقد استوفته بالهلاك ، فتبرأ ذمة الزوج منه ، ولا ترجع الزوجة على أحد . وان هلك بفعل أجنبي فالزوجة بالخيار بين تضمين الزوج وهو يرجع على الاجنبي ؛ وتضمين الاجنبي ولا يرجع على أحد لأن الهلاك حصل بتعديه .

واذا استحق المهر قبل القبض أو بعده فالزوج ضامن له فى الحالتين ، لأنه بالاستحقاق تبين أنه من الأصل ملك غيره لا ملكه واذا استحق بعضه كنصفه (مثلا) فان كان المهر مثلياً أخذت الزوجة النصف الباقى ورجعت على الزوج بما استحق ، وان كان قيمياً فلها الخيار بين أخذ النصف الباقى ، وبهذا تصير شريكة مع المستحق ، وترجع على الزوج بما استحق ، وبين رد الباقى على الزوج وأخذ قيمة المهر كله منه .

ولكن ان طلقها زوجها قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة ، فليس لها إلا النصف الباقى لأن ضرر الشركة حاصل على كل حال اذ لها بسبب الطلاق نصف المهر ، وأما النصف الثانى فهو اما لزوجها ، أو للمستحق ، وهذا بخلاف الصورة السابقة فكان لابد من رضاها بالشركة فيها

بدل الخلع

الخلع عقد يكون بين الزوجين على أن يملك الرجل أمرأته عصمتها فى مقابلة مال يأخذه منها ، أو اسقاط مهر أو نفقة ، ونحو ذلك ، على ما هو مبين فى موضعه . فاذا قالت امرأة لزوجها - وقد كرهت معاشرته ، ولم يمكن التوفيق بينهما - خالعنى على مائة جنيه (مثلا) فقال خالعتك على ذلك . ترتب على هذا طلاق المرأة من زوجها طلاقا بائنا ، فلا يملك مراجعتها الا برضاها ، وبعقد جديد ، اذا لم تكن البينونة كبرى ، وإلا فلا بد أن

يكون ذلك بعد زوج آخر بعد استيفاء كل الشروط الشرعية ، وهذا هو معنى ملك الزوجة عصمتها ، أى خلاصها من قيد الزوجية ، ويكون بدل الخلع وهو مائة الجنيه ملكا وحقا للزوج واجبا على الزوجة فى مقابلة تمتعها بحريتها واستقلالها عنه ، عملا بهذا العقد .

وإنما سمى الخلع خلعا لأن كلا من الزوجين لباس للآخر، قال تعالى « هن لباس لكم ، وأنتم لباس لهن » وبهذا العقد يكون كل واحد منهما قد خلع عنه اللباس الذى كان يلبسه .

وأخذ بدل الخلع جائز شرعا بنص الكتاب الكريم وبسنة الرسول ﷺ غير أنه إذا كانت الكراهة من الرجل ، أو كان بدل الخلع أكثر مما أعطاه الزوج زوجته مهراً لها كان أخذ بدل الخلع فى الأول ، والزيادة فى الثانى مكروها ديانة وإن كان جائزا قضاء بمعنى أن القاضى يلزم المرأة به كله فى الحالتين . وفى هذا المقام كلام يطول لا محل له هنا .

وبدل الخلع يجوز من كل ما يجوز منه المهر ، ويفارق المهر فى أنه ليس له نهاية صغرى ، ويوافقه فى أنه ليس له نهاية كبرى . ولتراجع باقى أحكام الخلع فى كتب الأحوال الشخصية .

تصرفات المريض

المراد بالمريض هنا من كان مريضا مرض الموت ، ومرض الموت هو المرض الذى يغلب فيه الهلاك عادة ويعقبه الموت فعلا

إذا مرض الانسان مرض الموت تعلق بماله حق الدائنين وحق الورثة ، وكذلك تتقيد تصرفاته بما لا يضر أحد الفريقين ، فان برىء من مرضه عادت اليه حرية التصرف كاملة وبطل تعلق حق الدائنين بماله ورجع الى ذمته

وكذا يبطل حق الورثة بسبب شفائه . وان مات من مرضه صح اعتراض الدائنين والورثة على كل تصرف يؤثر فى حقوقهم . ومن المعلوم أن الشارع أجاز للانسان أن يوصى لأجنبى بثلث ماله بعد ايفاء ما عليه من الديون وليس للورثة أى اعتراض على الوصية بالثلث للاجنبى

اذا تقرر هذا فاعلم أن كل تبرع أضيف الى ما بعد الموت فهو وصية على أى شكل كان ، فيأخذ حكم الوصية سواء صدر فى حال الصحة أم فى حال المرض ، وكل تبرع منجز على أى شكل كان اذا صدر من صاحبه التام الأهلية غير المحجور عليه فى حال صحته فهو نافذ كله لا يتقيد بثلث ولا بغيره ، وكذا كل تبرع صدر فى حالة مرض الموت وقد أعقب المرض الشفاء ، أما اذا أعقبه الموت فهو فى حكم الوصية بعد الموت . هذه هى القواعد الكلية للموضوع

فمن وهب أو كفل أو وقف أو حابى فى بيع أو شراء أو إيجار أو استئجار أو مهر أو غير ذلك من المعاملات فان كان صحيحا تام الأهلية غير محجور عليه أو مريضا ثم شفى من المرض فكل تصرفاته هذه صحيحة نافذة (الا إذا تعلق بمحل التصرف حق الغير كالرهن والاجارة) . وكل واحد من التصرفات المذكورة اذا صدر فى مرض الموت وأعقبه الموت فهو فى حكم الوصية

اقرار المريض

اذا أقر المريض لأجنبى يعتبر اخبارا فينفذ فى كل ما أقر به ولو استغرق كل مال المقر (بعد ملاحظة ما يأتى فى ديون الصحة وديون المرض) واقراره لوارثه يعتبر انشاء فيكون فى حكم الوصية فيتوقف على أجازة الورثة أى مقدار كان المقر به ، وقد كان القياس أن يعتبر الاقرار اعتبارا واحدا

فى الحالتين ، وأن يعتبر من التصرفات الانشائية لوجود التهمة ، لكنهم أخذوا بما رووه عن عمر أو ابنه عبد الله رضى الله عنهما وهو « اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فهو جائز وان أحاط ذلك بماله ، وان أقر لوارثه فغير جائز إلا أن يصدقه الورثة » اه

واعل وجه ذلك قوة التهمة بالنسبة للوارث ، وانتفاء ذلك بالنسبة للأجنبى على أن المسألة خلافية بين العلماء (١)

معرفة الوارث وغير الوارث

الوارث هنا هو من قام به سبب من أسباب الارث وقت الاقرار ، ولم يمنع من إرثه مانع وقت الموت ، وهذا بخلاف الوصية فان الوارث بالنسبة لها هو الذى يكون وارثا بالفعل وقت الوفاة ولو لم يقم به سبب الارث وقت الوصية ويتفرع على ذلك أنه إذا أقر لأجنبية منه ثم تزوجها ومات وهى على ذمته استحقت

---

(١) لكن محل توقف الاقرار للوارث على الأجازة اذا كان فى عدم الاقرار فائدة للورثة أما اذا تساوى الاقرار وعدمه فلا معنى لتوقفه على الاجازة ومن ذلك (١) أن يكون للوارث وديعة معروفة عند مورثه فيقر المريض بانه استهلكها فينفذ اقراره . وذلك لأن الأمانة تضمن بموت الأمين مجهلا . فاذا مات المريض مجهلا للوديعة كانت مضمونة عليه . فالاقرار اذا لم يأت بشىء جديد (٢) ومنه أن يكون للمورث وديعة عند الوارث فيقر وهو مريض أنه قبضها منه فيصح اقراره لأنه لو مات فطالب بها ورثته المودع عنده فقال انى سلمتها للمودع صدق بلا بينة لأنه أمين (٣) ومنه أن يوكل المورث أحد ورثته بقبض دين له من أحد مدينيه ثم يقر وهو مريض أنه أخذ من وارثه ما وكله بقبضه ، فانه يصدق فى إقراره لأن الوكيل أمين . ففى هذه المسائل الثلاث يستوى الاقرار وعدمه بالنسبة للوارث فلا فائدة فى ابطاله

جميع المقر به . وأنه إذا أقر لأخيه وله ابن فمات قبل موته ثم مات هو قبل أخيه اعتبر الاقرار وصية للأخ لأنه لم يمنع من ميراثه مانع وقت الموت . وقد قام به سبب الارث وهو الأخوة وقت الاقرار . وأنه إذا أقر لأخيه بمال ثم ولد له ابن بعد هذا الاقرار ثم مات عن أخيه وابنه صح الاقرار للأخ بجميع ما أقر به له لأنه ليس وارثا عند موته .

ديون الصحة وديون المرض وكيفية أدائها

المراد بدين المرض ماثبت باقرار المريض ولا طريق لثبوته غير ذلك الاقرار والمراد بديون الصحة ماعدا ذلك فتتناول ديون الصحة ثلاث صور (الأولى) أن يثبت الدين بالبينة حال الصحة (الثانية) أن يثبت الدين بالاقرار حال الصحة (الثالثة) أن يثبت الدين بالبينة حال المرض . ويتناول دين المرض صورة واحدة هي ثبوت الدين بالاقرار فقط فى حالة المرض . وعلى ذلك فكل دين ثبت بالبينة مطلقا فهو دين صحة ، وكل دين ثبت بالاقرار فقط فان كان فى حال الصحة فهو دين صحة وان كان فى حال المرض فهو دين مرض . أو يقال كل دين ثبت فى حال الصحة مطلقا فهو دين صحة ، وكل دين ثبت فى حال المرض فان كان ثبوته بالبينة فهو دين صحة أيضا وان كان ثبوته بالاقرار وحده فهو دين مرض

إذا علم هذا فاعلم ان ديون الصحة مقدمة على ديون المرض فى الايفاء عند التزاحم . فان وسعت التركة الجميع فالأمر واضح . والا قدمت ديون الصحة على ديون المرض لضعف الثانية من جهة الثبوت ولما يحوم حولها من الشبهة والتهمة وإذا ضاقت التركة عن إيفاء الديون الواجب إيفاؤها منها اقسمت بين الغرماء قسمة تناسبية. أمثلة (١) مقدار التركة عشرة آلاف جنيه، ومقدار

ديون الصحة ثلاثة آلاف وديون المرض ألف . الأمر ظاهر (٢) مقدار التركة ألف جنيه ومقدار ديون الصحة ثمانمائة وديون المرض ستمائة . فالجواب أننا نوفي ديون الصحة أولا فيبقى مائتان . فنقسمها قسمة تناسبية على ستمائة فيخص كل دائن ثلث دينه (٣) مقدار التركة ألف وخمسمائة جنيه وديون الصحة ألفان ، وديون المرض ألف ، فالجواب تقسم الألف والخمسمائة على ديون الصحة قسمة تناسبية فيعطى كل دائن ثلاثة أرباع دينه ، ولا يعطى أصحاب ديون المرض شيئا لأنه لم يبق لهم شيء وهكذا

الهبة

الهبة تمليك المال في الحال مجانا . ويخرج بهذه القيود تمليك المنفعة مطلقا والتمليك بعوض والوصية وركن الهبة الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له ، لكن لا ينتقل ملك الشيء الموهوب إلى الموهوب له إلا إذا قبضه قبضا مستوفيا لجميع الشروط . وقد يستغنى عن القبول بالقبض اذا كان الموهوب بمجلس العقد ولو بلا إذن الواهب فان لم يكن حاضرا بالمجلس فلا يصح القبض إلا باذن الواهب وإذا كان الشيء الموهوب أمانة أو مضمونا في يد الموهوب له وقت العقد فلا حاجه إلى تجديد القبض وإذن لا بد من إعلان القبول بالقول . وقد يستغنى عن القبض والقبول جميعا كما في هبة الوالد لولده الصغير وكذا هبة أي انسان لصغير في ولايته أو تحت كنفه

شروط الهبة

شروط الهبة أربعة (١) شروط العقد (٢) شروط الواهب (٣) شروط الموهوب له (٤) شروط الشيء الموهوب

شروط العقد

يشترط فى عقد الهبة أن يكون منجزا لأنه من عقود التمليك فلا يصح تعليقه ولا إضافته إلى المستقبل. وإذا اقترن بشرط جائز كشرط العوض صح العقد والشرط جميعا، أما إذا كان الشرط غير ملائم فان الشرط يبطل ويكون العقد صحيحا كأن تقول لشخص وهبت لك ساعتى هذه على أن تهبها لفلان: فالعقد صحيح والشرط باطل. والهبة تنعقد بكل لفظ يدل على تمليك العين مجانا فى الحال بأى لغة كان اللفظ ويجوز باللغة المحرفة كما يجوز باللغة الصحيحة والعبرة للمعانى والمقاصد لا للألفاظ، ويحمل لفظ كل عاقد على ما جرى العرف به فى التخاطب ولا شك أن العرف قد يتغير فلا يكون على حال واحد فى كل الأزمنة والأمكنة وهذه القاعدة عامة كلية فى جميع العقود والتصرفات (١)

شروط الواهب

الهبة تبرع أى اعطاء المال بدون عوض، فيشترط فى المتبرع أن يكون تام الأهلية راضياً بالتبرع غير محجور عليه لمصلحته أو لمصلحة غيره وألا يضر تصرفه بمن تعلق حقه بماله، وعلى ذلك يشترط أن يكون الواهب بالغا عاقلا حراً وألا يكون مكرها ولا محجوراً عليه لسبب السفه أو الدين، ولا يكون مريضاً مرض الموت، فان لم تتوافر هذه الشروط كانت الهبة غير صحيحة أو موقوفة على حسب الشرط

---

(١) اذا قال شخص لآخر أعمرتك دارى هذه فمعنى هذا الكلام أنى جعلت دارى لك مدة عمرك فقط فاذا مت أنت وأنا حى عادت الدار إلى وإلا عادت الى ورثتى. ويسمى هذا عمرى وهى هبة مقترنة بشرط فاسد فيصح العقد ويبطل الشرط وعليه تكون الدار ملكا تاما للموهوب له وإذا مات كانت لورثته هو. وقد تقول لشخص جعلت دارى لك رقبى أى ان كلامنا يرقب صاحبه أى ينتظر وفاته فمن مات منا أولا كانت الدار للآخر وهذه هبة باطلة لانها معلقة على شرط

شروط الموهوب له

يشترط أن يكون الموهوب له موجودا وذلك لأن من شروط تمام الهبة القبض والمعدوم لا يتصور منه القبض . وعلى هذا لا تصح الهبة للجنين لانه لا يمكنه أن يقبض بنفسه ولا ولاية لأحد عليه إذ الولاية إنما تبتدىء بالولادة. وأما الوصية للجنين فانها صحيحة لعدم توقف صحة الوصية على القبض وهى أخت الميراث فكما يرث الجنين تصح له الوصية أيضاً. وهبة الدين الذى فى ذمة الميت للميت جائزة لأنها فى الحقيقة ابراء فلا حاجة إلى القبض. ثم الموهوب له إن كان فاقد أهلية التصرف فالذى يقبض الهبة وليه على المال أو من يكون فى تربيته وحضانته وان كان تام الأهلية غير محجور عليه فالذى يقبض هو أو وكيله ، وإن كان مميزا غير بالغ أو فى حكم المميز فالذى يقبض الهبة إما هو واما وليه على المال

شروط الشيء الموهوب

للشيء الموهوب شروط صحة وشروط نفاذ وشروط تمام الملك . فأما شروط الصحة فهى خمسة وهى كونه مالا متقوماً موجواً وجوداً مستقلا بنفسه لاضمن غيره معلوم القدر أو معيناً بالشخص مملوكا فى نفسه وهذه الشروط الخمسة يشترط وجودها وقت العقد . أما النفاذ فله شرط واحد وهو كونه مملوكا للواهب وقت العقد .

وتمام الملك له شرطان وقت القبض لا وقت العقد . الاول . أن لا يكون متصلا بغيره . الثانى : ألا يكون جزءاً شائعا فيما يحتمل القسمة

وهاك شرح وتفصيل هذه الشروط .

شروط الصحة.

أما عن الشرط الاول وهو اشتراط كون الموهوب مالا فلأن الهبة تمليك

العين ، والتمليك لا يكون مفيداً إلا إذا كان موضوعه المال . وأما عن الشرط الثانى ، وهو اشتراط كون الموهوب متقوما ، فهذا بالنسبة للمسلمين فقط ، فاذا كان طرفا العقد مسلمين أو أحدهما فلا تصح هبة المال غير المتقوم . وأما عن الشرط الثالث وهو كون الموهوب موجوداً وقت العقد فهذا شرط أصلى فى جميع عقود التمليك فى الحال كالهبة والبيع صونا للعقد من الالغاء عند فوات المحل . ويعتبر من المعدوم ما كان له وجود فى ذاته لكنه ضمن غيره كهبة دقيق فى قمح وزيت فى زيتون وسكر فى قصب . وأما عن الشرط الرابع وهو اشتراط كونه معلوم القدر أو معينا فلمنع النزاع عند التسليم ، فلو قال وهبت لك جزءا من هذه الأرض فلا تصح الهبة لجهالة قدر الموهوب ، وكذا إذا قال وهبت لك أحد هذين الفرسين ، فلو عين فرسا منهما صحت الهبة . وكذا لو بين قدر الموهوب فى الأرض كالثلث (مثلا) ويتوقف تمام الملك على القبض بشروطه . وأما عن الشرط الخامس فلاخراج الأموال المباحة التى لا يد لمالك عليها فلو قال شخص لآخر وهبت لك هذه السمكة العائمة فى البحر أو ذلك الطير الطائر فى الهواء فالهبة باطلة

شروط النفاذ :

من وهب مال غيره كانت الهبة موقوفة على اجازة المالك إن كان أهلا للتبرع وإلا كانت باطلة كهبة الوالد شيئا من مال ولده الصغير

شروط تمام الملك

(١) هبة المشاع

المشاع إما أن يكون فى عين لا تقبل القسمة كبقرة وحمام صغير وإما أن يكون فى عين تقبل القسمة كأرض زراعية ودار كبيرة فأما هبة المشاع فى العين التى لا تقبل

القسمة فهي جائزة بالاجماع ، فاذا قبضها الموهوب له شائعة صح القبض وتم الملك وأما هبة المشاع فيما يقبل القسمة فانها تكون صحيحة وقت العقد فلا يضر الشيوع وقتئذ ولكن يشترط لتمام الملك فيها أن تقسم العين ويفرز الموهوب على حدة ويسلم الى الموهوب له مقسوماً مفرزاً فان سلم اليه شائعا فلا يتم ملكه فيه ولا يترتب على الهبة حكمها بل تبقى الحصة الموهوبة على ملك الواهب بعد ذلك القبض الناقص كما كان عليه الحال من قبل القبض

والمراد بما لا يحتمل القسمة مالا يصير منتفعا بأجزائه بعد القسمة أصلا أو ينتفع بها انتفاعاً آخر غير الانتفاع الذى كان لها من قبل . والمراد بما يقبل القسمة ما يبقى منتفعاً بكل جزء من أجزائه بعد القسمة والافراز الانتفاع الأول . وانما توقف تمام الملك فيما يحتمل القسمة على قسمة الموهوب وافرازه لذلك الأثر «لاتجوز الهبة إلا مقبوضة» ومادام القبض منصوصاً عليه وجب أن يكون كاملا ، ولا يكون كذلك إلا بالقسمة والافراز فيما يحتمل ذلك فلو صح هذا الاثر حديثا لوجب العمل به لكنه فى الحقيقة من كلام بعض التابعين على ما فهمه من نصوص الشارع وعمل الصحابة فى الهبة

هبة المتصل بغيره

اتصال الموهوب بغيره اما ان يكون اتصال ملاصقة أو اتصال جوار ، واتصال الملاصقة اما أن يكون خلقياً كاتصال الشجر بالأرض والثمر بالشجر واما أن يكون صناعيا كاتصال البناء بالأرض ، واتصال المجاورة مالا يكون الشيء فيه ملاصقا لغيره بل يكون مجاورا كاتصال الدار بالمتاع الموضوع فيها واتصال المتاع بها والهبة فى كل ذلك صحيحة ولكن لا يتم الملك للموهوب له فى العين الموهوبة إلا إذا فصل الموهوب من غيره وسلم الى الموهوب له وحده ، أو أذنه الواهب بقبضه كذلك ، ويستثنى من ذلك صورة واحدة هى ما اذا كان الموهوب شاغلا لغيره

وكان اتصاله به اتصال مجاورة كهبة كتب موضوعه فى صندوق بدون الصندوق فان القبض فيه يتم بالتخلية بينه وبين الموهوب له وفى هبة المشغول كالدار دون المتاع لا تتم إلا إذا أخليت الدار مما فيها من المتاع لكن اذا كان المتاع ملكا للموهوب له أو كان تحت يده أمانة كالعارية أو مضمونا كالمقبوض على سوم الشراء فان قبض الدار فى كل ذلك يكون تاما صحيحا بمجرد التخلية

الهبة بشرط العوض

اذا اشترط الواهب على الموهوب له أن يعطيه بدلا ماليا عوضا عن هبته صح ذلك . فمن وهب لآخر ساعته على أن يعوضه عنها عصاه صحت الهبة والشرط جميعا . وقد اختلف العلماء فى هذا النوع من التصرفات فقيل انه معاوضة ابتداء وانتهاء فيأخذ أحكام البيع والعبرة للمعانى لا للألفاظ .

وهذا القول هو الظاهر ، وقال أبو حنيفة وصاحباه انه هبة ابتداء ومعاوضة انتهاء فيشترط فيه شروط الهبة من وقت العقد حتى يتم القبض ثم تراعى فيه أحكام البيع بعد ذلك وذلك مراعاة للفظ الهبة فى الأول والشرط فى الآخر

حكم الهبة

اذا تمت الهبة مستوفية كل أركانها وشروطها ترتب على ذلك حكمها وهو انتقال العين الموهوبة من ملك الواهب الى ملك الموهوب له انتقالا غير لازم فيجوز للواهب بعد ذلك كله أن يرجع فى هبته وإن كان ذلك معيبا وقبيحا فى نظر الديانة لاخلاله بالمروءة ومنافاته لمكارم الأخلاق . والسبب فى جواز الرجوع أن الواهب قد يعطى الهبة وله فى ذلك غرض من انتظار مكافأة على ما أعطى أو لأجل التودد والتحبب أو لأى غرض دنيوى آخر ، وقد

يعطيها لارادة وجه الله تعالى ، ولا يعلم غرضه وقت الاعطاء. واذا يكون فى تملك الموهوب له للعين الموهوبة خلل فى الجملة يظهر برجوع الواهب فى هبته إذا لم يتحقق غرضه فلتدارك هذا الخلل جاز له الرجوع فيما وهب فان رضى الموهوب له برد الهبة اليه فلا اشكال وإلا رفع الواهب الأمر إلى القاضى ليأمر الموهوب له برد العين الموهوبة إلى الواهب وقبل قضاء القاضى تكون تلك العين ملكا للموهوب له يتصرف فيها كما يشاء. ومن المعلوم بالبداهة أن للواهب أن يمتنع عن تسليم العين الموهوبة للموهوب له لأن ملكه التام ثابت فيها قبل القبض ولو بعد الايجاب والقبول. ولا يتوقف هذا الامتناع على رضا الموهوب له ولا على قضاء القاضى غير أنه يمتنع الرجوع فى الهبة بعد تمام العقد بالقبض الصحيح إذا وجد مانع من الموانع السبعة الآتية وهى :

(الأول) إذا أخذ الواهب من الموهوب له عوضا عن هبته لحديث «الواهب أحق بهبته مالم يعوض عنها»

(الثانى) الهبة لذى رحم محرم لأن الظاهر أن القصد بها صلة ذوى الأرحام لا إرادة العوض المالى ويؤيد ذلك هذا الحديث « إذا كانت الهبة لذى رحم محرم فلا يجوز الرجوع فيها »

(الثالث) هبة أحد الزوجين للآخر حال قيام الزوجية الصحيحة ولو قبل الدخول، وذلك لأن العلاقة بين الزوجين لا تقل عن العلاقة بين ذوى الأرحام بل ربما تفوقها

(الرابع) موت أحد العاقدين «الواهب أو الموهوب له » فاذا مات الواهب فليس لورثته حق الرجوع فى الهبة لأنه حق شخصى متعلق بارادة الواهب وحده وإذا مات الموهوب له فليس للواهب أن يرجع على ورثته لأن العين الموهوبة انتقلت اليهم بالارث ، والواهب لم يتعاقد معهم

(الخامس) هلاك العين الموهوبة فاذا هلك الموهوب كله امتنع الرجوع فى كل الهبة لفوت المحل ، ولا ضمان على الموهوب له لأن الهبة هلكت وهى فى ملكه ، وإذا هلك بعض الموهوب جاز الرجوع فى الباقى مالم يوجد مانع آخر

(السادس) خروج الموهوب من ملك الموهوب له بأى سبب من أسباب الملك كالبيع والوقف وذلك لأن الواهب لا يستطيع الرجوع على الموهوب له لعدم وجود العين فى ملكه ، وقد تصرف فيها بماله من حق تصرف كل مالك فى ملكه ، ولا يرجع على من انتقل اليه ملك العين لأنه لم يتعاقد معه . وقد انتقل اليه الملك بحق مستمد فى الأصل من الواهب فلا يمكن من نقض ماتم من جهته :

(السابع) الزيادة المتصلة سواء أكانت متولدة كسمن الدابة الموهوبة أم غير متولدة كالبناء فى الأرض الموهوبة : وذلك لأن الزيادة بنوعيها ملك خالص للموهوب له لانها نماء ملكه فى الصورة الأولى ، ومن ماله وصنعه فى الصورة الثانية فله فيها حقيقة الملك وأما الواهب فليس له الا حق الرجوع فى الاصل ، ولا شك أن حقيقة الملك أقوى من حق الرجوع فتترجح عليه فيمتنع الرجوع ، ولا يقال ان الزيادة تفصل ويرد الأصل الى الواهب لأن فصلها قد يتعذر أو يضر بمال الموهوب له كما لايخفى . لكن اذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع عاد حق الرجوع بناء على تلك القاعدة « اذا زال المانع الطارىء عاد الممنوع

فان كانت الزيادة منفصلة سواء أكانت متولدة كالدَّر والنسل أم غير متولدة كأجرة الدابة الموهوبة فلا تمنع الرجوع فى الهبة لأنه لاضرر على الموهوب له فى ارجاع الأصل . غير أنه إذ كان ولد الموهوبة لا يستغنى عنها كفرس ولدت فانها تترك عند الموهوب له حتى يستغني ولدها عنها وذلك لما

جاء من الآثار الكثيرة فى وجوب الرفق بالحيوان وألا يفرق بين أم وولدها

هذه هى موانع الرجوع السبعة وقد نظمها بعضهم بقوله :

ويمنع الرجوع فى فصل الهبة   ياصاحبي حروف دمع خزقه

ومعنى خزقه طعنه. فالدال للزيادة المتصلة ، والميم لموت أحد المتاعقدين والعين للعوض ، والخاء للخروج عن الملك ،والزاى للزوجية ،والقاف للقرابة المحرمية . والهاء لهلاك الشيء الموهوب . وكما يجوز للواهب أن يرجع فى كل الهبة عند عدم الموانع يجوز له أن يرجع فى بعض ماوهب ولا يضر الشيوع الطارىء بخلاف الشيوع المقارن كما إذا ظهر بعض الموهوب مستحقاً فيما يقبل القسمة

هبة الدين

هبة الدين لمن عليه الدين جائزة وهى مجاز عن ابرائه منه ؛ وتتم بدون القبول ولكنها ترتد بالرد . وأما هبة الدين لغير من عليه الدين فهى باطلة لعجز الواهب عن تمكين الموهوب له من الشيء الموهوب ، وعلى ذلك اذا سلطه على قبض الدين بطريق التوكيل عنه ثم يأخذ ماقبضه لنفسه على سبيل الهبة جاز ذلك لزوال المانع

الصدقة

هى تمليك العين مجانا فى الحال تمليكا يراد به الثواب ووجه الله تعالى ، وتتم بالقبض كالهبة ولا يجوز الرجوع فيها بحال بعد أن يقبضها الفقير قبضاً صحيحاً . وسبب عدم الرجوع فيها عدم اشتباه الغرض فيها فانتفى عنها الخلل الذي يكون في الهبة . وبهذا يفرق بين الهبة والصدقة ، فالهبة لها مقاصد عدة

وأغراض شتى والصدقة ليس لها إلا مقصد واحد هو وجه الله الكريم

الوصية

الوصية هى تمليك مضاف الى ما بعد الموت كأن يقول أوصيت لفلان بكذا أو ملكته بعد موتى ثمرة بستانى مدة كذا ، أو جعلت له سكنى دارى بعد موتى طول حياته . وهى تكون بالعين وبالمنفعة وبالثمرة وبالدين . وتقول أوصيت له بكذا أى ملكته إياه بعد موتى ،وأوصيت اليه بكذا أى جعلته وصياً على تركتى وأولادى بعد موتى . فالأولى تتعدى باللام والثانية بالى .
وركن الوصية الايجاب من الموصى حال حياته ، والقبول من الموصى له بعد موت الموصى . فاذا لم يقبل الموصى له بل سكت عن القبول والرد حتى مات أيضا تمت الوصية له استحسانا وتكون العين الموصى بها ملكا لورثته أما اذا رد فان الوصية تبطل ويعود الموصى به الى ملك ورثة الموصى . ولاعبرة بقبول الموصى له أو رده حال حياة الموصى لحصول ذلك قبل أوانه

ويجوز للموصى أن يرجع عن الوصية قبل أن يموت ، والرجوع إما بالقول كأن يقول رجعت عن وصيتى لفلان أو بالفعل كأن يخرج ما أوصى به عن ملكه ببيع أو غيره ، أو يتصرف فيه تصرفا يجعله شيئا آخر كأن يكون أوصى ببر فيطحنه ويجعله دقيقا

شروط الوصية

شروط الموصى :

يشترط فى الموصى ما يشترط فى كل متبرع ، فلا تصح وصية فاقد الأهلية ولا ناقصها ولا المحجور عليه لأى سبب ، غير أن وصية السفيه فى سبيل الخير

جائزة استحسانا بشروطها ، وذلك لأنه لاحاجة له بالمال بعد وفاته وليس فى الوصية اضرار به بل هى مفيدة له لما يترتب عليها من الثواب

وكذلك يشترط لصحة الوصية عدم الاكراه عليها . واذا مات الموصى مدينا وكان الدين مستغرقا لتركته فان أبرأه الدائنون نفذت وصيته ان كانت لأجنبى ولم تزد على الثلث ، وأما ان كانت لوارث أو زادت على الثلث فانها تتوقف على إجازة الورثة فى كل ذلك ، وان لم يبرئه الدائنون بطلت وصيته لوجوب تقديم أداء الدين على الوصية ، وان كان الدين غير مستغرق أخرجنا للدين أولا اذا لم يبرئه منه الدائنون ونفذنا الوصية فيما بقى بشروطها . ولا يشترط لصحة الوصية اتحاد الدين بل تجوز من المسلم لغيره وبالعكس بخلاف الميراث فى ذلك

شروط الموصى له :

اذا كان الموصى له معينا اشترط وجوده وقت الوصية وإن لم يكن معينا فالشرط وجوده وقت موت الموصى ، ولا فرق فى الحالين بين أن يكون موجودا تحقيقا أو تقديرا بأن يكون حملا لم يولد بعد فمن قال أوصيت لبنى فلان وسماهم أو أشار اليهم اشترط وجودهم وقت الايجاب ومن مات منهم قبل موت الموصى فلا يستحق شيئا فى الوصية ، أما اذا لم يسمهم ولم يشر اليهم فالذى يستحق منهم هو من يكون موجودا وقت وفاة الموصى ولو ولد بعد الوصية بسنين

الوصية للوارث :

يشترط ألا يكون الموصى له وارثا للموصى لحديث «لا وصية لوارث الا اذا أجازها الورثة» وعللوا ذلك بأن إيثار بعض الورثة على بعض مما يوغر الصدور ويولد الحقد والضغينة

فمنع الشارع الوصية التي تؤدي الى ذلك فاذا أجاز الورثة الآخرون تلك الوصية صحت لظهور رضاهم بها. والوارث هنا هو من استحق الارث بالفعل وقت وفاة الموصى ولو انتفى عنه سبب الارث وقت الوصية على خلاف ما تقدم في الاقرار. واذا لم يكن كذلك فهو أجنبي ولو كان ابن ابن المتوفى أو أخاه شقيقه أو زوجه مع اختلاف الدين

أما الوصية لأجنبي — فهي على هذا التفصيل :

(ا) اذا لم يكن للموصى ورثة أصلا وقت وفاته نفذت الوصية في كل ما أوصى به ولو استغرقت كل تركته لعدم المنازع

(ب) واذا كان الوارث أحد الزوجين فقط نفذت الوصية أولا في الثلث لذلك الأجنبي. ثم يعطى الموجود من الزوجين نصيبه من الباقي. ثم تكمل الوصية من الباقي، فاذا تبقى بعد ذلك شيء يأخذه بيت المال. هذا اذا كانت الوصية أكثر من الثلث، فان كانت الثلث أو أقل فالجواب واضح (ح) أما اذا مات عن وارث يحوز كل التركة لو انفرد ففي هذه الحالة لا تنفذ فيما زاد فلا بد من اجازة الورثة جميعا وأن يكونوا من أهل التبرع. والأصل في ذلك حديث سعد بن أبي وقاص حيث كان مريضا فعاده النبي ﷺ فقال يا رسول الله أأوصي بكل مالي قال لا، قال أأوصي بالثلثين، قال لا، قال أأوصي بالنصف قال لا، قال أأوصي بالثلث فقال النبي ﷺ الثلث، والثلث كثير، انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس. ووقت الاجازة بعد موت الموصى لا قبله، فان أجاز البعض وهم من أهل الاجازة ولم يجز البعض الآخر أعطينا من أجاز نصيبه على اعتبار نفاذ الوصية، وأعطينا من لم يجز على اعتبار عدم نفاذ ما يتوقف من الوصية على الاجازة

الوصية للقاتل :

قيل ان الوصية القاتل لاتجوز أصلا ولو أجازها الورثة عقابا له ، وقيل تجوز اذا أجازها الورثة والابطلت لأن المنع لحقهم وعليه الفتوى . والأصل فى ذلك حديث « لاوصية لقاتل » ويشترط فى القتل المانع من جواز الوصية أو نفاذها أن يكون قتلا مباشرا ومحرما ، وبذلك يخرج القتل بطريق التسبب كالذى يحفر حفرة فى الطريق العام فيسقط فيها الموصى ويموت بسبب ذلك

والقتل دفاعا عن النفس فانه قتل مشروع غير محرم ، وكذا القتل قصاصا أوحدا بأمر الامام وما اذا كان القاتل فاقد الأهلية أوناقصها كالصبى والمجنون لأن أحدهما لا يعاقب عقوبة بدنية اذا قتل وكذا لايحرم من الميراث

الوصية للمجهول

ويشترط أن يكون الموصى له معينا بالشخص كأن يقول أوصيت لزيد ، أو بالنوع كأن يقول أوصيت للفقراء أو لطلبة العلم بجهة كذا ، والوصية فى الأول تمليك لا يتم الا بالقبول أو عدم الرد كما تقدم وفى الثانى صدقة تتم بدون القبول لعدم تعيين الموصى له شخصيا . وعلى هذا تجوز الوصية فى كل سبل الخير وجميع الأعمال النافعة كالمساجد والملاجىء والقناطر والجسور وكل مايعود بالنفع العام ، إذ الغرض من الوصية التقرب الى الله بالأعمال النافعة وتدارك الانسان مافاته بسبب التقصير فى أداء الواجبات فشرعت الوصية رحمة به وتفضلا عليه من الله تعالى .

شروط الموصى به

يشترط فى الموصى به أن يكون قابلا للتمليك بعد موت الموصى بأى عقد من العقود ، وعلى ذلك تجوز الوصية بالأعيان المالية سواء أكان الموصى به

عقارا أم منقولا ، وتجوز بالمنافع مؤقتة ومدة حياة الموصى له لأن المنافع تملك بعقد الاجارة ، وتجوز بالثمرة لأنها تملك بعقد المساقاة ، ولا تجوز بما ستلده دابته لأنه معدوم لا يملك بعقد من العقود وهذا بخلاف الوصية بالحمل لأنه فى حكم الموجود فكما أنه يورث تصح الوصية به كذلك لأنها أخت الميراث ، فمتى تحقق وجود الحمل وقت موت الموصى كانت الوصية به صحيحة ، وتصح بالدين وهى فى الحقيقة وصية بالعين فمن أوصى بالدين الذى له فى ذمة بكر لزيد فقد سلط زيدا على قبض ذلك الدين بطريق الخلافة عنه حتى اذا قبضه ملكه بحكم الوصية وكذلك اذا كان فى التركة ديون وكان قد أوصى له بثلث ماله « مثلا » فان الموصى له يملك من الديون بقدر وصيته منها . ويشترط فى المال الموصى به أن يكون متقوما فى حق المسلمين وهذا شرط عام فى كل العقود ليس خاصا بالوصية .

ولما كانت الوصية مبنية على التوسع أجاز الفقهاء الوصية بالمجهول كجوازها بالمعلوم ، فمن قال أوصيت لفلان بجزء من مالى صح ذلك وكان البيان الى الورثة

المال الذى تتعلق به الوصية

الوصية بغير المعين تتعلق بمال الموصى الموجود وقت وفاته . فمن قال أوصيت لفلان بثلث مالى كان لفلان هذا ثلث مال الموصى الموجود عند وفاته قل أو كثر سواء أكان له مال وقت الوصية أم لا والوصية بالمال المعين تتعلق بنفس الموصى به فاذا هلك قبل وفاة الموصى أو خرج من ملكه بطلت الوصية به لفوات المحل كما إذا قال أوصيت لفلان بهذا الفرس أو بهذا البيت

تعدد الوصايا

إذا قال أوصيت لزيد بثلث مالى ولبكر بثلث مالى سواء أكان ذلك بعقد واحد أو بعقدين وليس فى الثانى ما يدل على الرجوع عن الأول ثم مات

الموصى فان أجاز الورثة الوصيتين نفذتا وإلا قسم الثلث بينهما نصفين لاستوائهما فى الاستحقاق . فان تفاوتا وكان مجموع ماأوصى لهما به يخرج من الثلث صحت الوصيتان ونفذتا مطلقا كالوصية بالسدس والعشر ، وان كان مجموعهما يزيد على الثلث لكن كل واحدة منهما أقل من الثلث أو احداهما مساوية له والأخرى أقل فعند الاجازة تنفذ الوصيتان كلتاهما ، وعند عدم الاجازة يقسم الثلث بينهما قسمة تناسبية كالربع والسدس وكالخمس والثلث ، وإن كان مجموعهما يزيد على الثلث وإحداهما أو كلتاهما أكثر من الثلث فعند عدم الاجازة يعتبر الزائد لاغيا على القول المفتى به ويقسم الثلث بينهما قسمة تناسبية وذلك كالوصية بالنصف والثلثين والثلث والنصف ، والربع والثلث ، وعند الاجازة تنفذ الوصيتان جميعا ان كان مجموعهما لا يتجاوز التركة وإلا قسمت التركة بينهما بطريق العول على قول الصاحبين أو بطريق المنازعة تخريجاً على قول الامام اذا كانت احدى الوصيتين بالكل والأخرى بما دونه وشرح ذلك يطول

الوصية بالمنفعة والغلة والثمرة

إذا كانت الوصية بالمنفعة تبقى العين على حكم ملك الميت حتى تنتهى مدة الوصية (انظر البدائع فى هذا البحث فى الوصية)

تجوز الوصية بالمنفعة خدمة وسكنى مدة معلومة ومؤبداً أى مدة حياة المنتفع وذلك لأن المنافع يصح تمليكها حال الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات على ماقدمنا ، وتكون العين الموصى بمنفعتها محبوسة على حكم ملك الموصى المتوفى ، وكذا تصح الوصية بغلة الدار والأرض الزراعية والبستان وبالثمار أيضا . فان كانت الوصية مقيدة بمدة محددة بعد حياة الموصى

كثلاث سنين مثلا انتفع الموصى له بالغلة والمنفعة طول هذه المدة ، وان كانت الوصية مطلقة من القيد أو مؤبدة ، كأوصيت لفلان بسكنى دارى وغلة أرضى أبدا (أو لم يذكر لفظ أبدا) كان للموصى له الانتفاع بالسكنى وملك الغلة مدة حياته . وبعد موته تعود الدار أو الأرض الموصى بسكناها أو غلتها لورثة الموصى . وإذا كانت الوصية بالثمرة فكذلك إلا فى صورة الاطلاق فانه ان كان فى البستان ثمرة وقت موت الموصى له كان له الثمرة الموجودة فقط وان لم تكن به ثمرة وقتئذ كان له كل الثمرة التى تحدث فيما بعد . وانما كان هذا الفرق بين الغلة والثمرة لاعتبارات لغوية ، والواجب فى مثل هذا الرجوع إلى العرف كما قدمناه

ويشترط لصحة الوصية بالمنفعة والغلة والثمرة ألا تتجاوز قيمة العين الموصى بمنفعتها أو غلتها أو ثمرتها ثلث التركة لأنها بالوصية أصبحت محبوسة عن الورثة ولا يجوز للموصى أن يعطل بالنسبة لهم أكثر من ثلث ماله .

هذا ومن أوصى له بالسكنى فقط لا يملك الغلة فاذا أوصى بكر لزيد بسكنى داره كان لزيد أن يسكن الدار وليس له أن يؤجرها لغيره ويأخذ أجرتها لنفسه . وعللوا ذلك بأن الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يصح له تمليكها بعوض كالمستعير وانما عرض لها اللزوم هنا بسبب موت الموصى ؛ أما من أوصى له بالغلة فقيل تجوز له السكنى وقيل لا تجوز . ومذهب أحمد والشافعى أن من ملك السكنى ملك الغلة وبالعكس ، فان شاء استوفى المنفعة بنفسه وإن شاء أجر العين لغيره ، وأخذ الأجرة لنفسه ، وأنظر ما قدمناه أول هذا الكتاب

الميراث

اذا توفى الانسان زال ملكه عما كان يملكه فى حياته ، وذلك لأن الملك

مظهرين : القدرة على التصرف فى المملوك بالطرق المشروعة على ما يراه المالك ، واستثمار المملوك كذلك . فاذا حدث الموت امتنع كل ذلك فيزول الملك بالضرورة . وقد بين الشارع من يكون له ملك تلك الأموال بعد وفاة مالكها .

فيبدأ أولا بايفاء الديون التى تعلقت بمال المتوفى حال حياته كدين الرهن فان وفاءها متقدم على كل الحقوق المتعلقة بالتركة ولو استغرق ذلك كل التركة إذا كانت محبوسة لأجلها . فان لم تكن أو كانت وخلصت منها التركة قدم تكفين الميت وتجهيزه بما يليق بأمثاله بلا تبذير ولا تقتير . ثم تقضى الديون المتعلقة بذمة المتوفى فقط مما بقى من ماله بعد التكفين والتجهيز ويبدأ بديون الصحة ثم بديون المرض (على ما قدمنا) ثم تنفذ وصاياه على التفصيل الذى ذكرناه فى الوصية ثم يقسم الباقى بين ورثته على التفصيل الآتى .

وأسباب استحقاق الميراث ثلاثة ، القرابة والزوجية والولاء بنوعيه (ولاء العتق وولاء الموالاة) وسيأتى بيان ذلك

ويشترط لاستحقاق الميراث موت المورث حقيقة ويثبت ذلك بالمعاينة أو البينة ، أو حكما كما فى القضاء بموت المفقود [1] ، أو تقديرا وذلك بأن تكون امرأة حاملا فيضربها إنسان فى بطنها فتسقط جنينا ميتا فانه يجب على من ضربها الغرة وهى خمسمائة درهم ويقدر أن موت الجنين كان بذلك الضرب وتعتبر تلك الخمسمائة الدرهم تركة له فتورث عنه . كذلك يشترط

---

(١) المفقود هو الغائب الذى لا يدرى مكانه ، ولا تعلم حياته ولا موته ، والقاضى يحكم بموته اذا توافرت الشروط اللازمة لذلك . (أنظر كتابنا الأحوال الشخصية) .

كون الوارث حيا وقت موت المورث حياة حقيقية أو تقديرية بان يكون حملا فى بطن أمه ويحكم الشرع بوجوده وقت موت المورث . ويشترط أيضا لاستحقاق الوارث الميراث ألا يقوم به مانع من موانع الارث وهى أربعة :

الأول : الرق فالرقيق لا يرث غيره سواء أكان ذكرا أم أنثى وسواء أكان رقه كاملا أم ناقصا

الثانى : القتل فالقاتل لا يرث المقتول إلا إذا كان القاتل غير مكلف بأن كان مجنونا أو صبيا أو كان القتل بالتسبب أو كان القتل دفاعا عن النفس أو قصاصا أو حدا باذن الامام (راجع الوصية للقاتل)

الثالث : اختلاف الدين فلا توارث بين المسلم وغيره ، غير أن الرجل اذا ارتد عن الاسلام ومات على ردته فماله الذى اكتسبه حال إسلامه يكون لورثته المسلمين وماله الذى اكتسبه حال ردته يوضع فى بيت المال ، وهذا هو قول أبى حنيفة ، وقال صاحباه الكسبان جميعا لورثته المسلمين ، واتفقوا جميعا على أن كسب المرتدة فى حال إسلامها وفى حال ردتها لورثتها المسلمين ولا يوضع شىء منه فى بيت المال ، وكل من المرتد والمرتدة لا يرث غيره مطلقا كما لا يصح زواج واحد منهما مطلقا

الرابع : اختلاف الدارين حقيقة كالحربى والذمى فاذا مات الحربى فى دار الحرب وله أب أو ابن ذمى فى دار الاسلام ، أو مات الذمى فى دار الاسلام وله أب أو ابن فى دار الحرب فلا يرث أحدهما من الآخر . وكذا اختلاف الدارين حكما كالمستأمن والذمى فان الحربى اذا دخل دار الاسلام بأمان فهو والذمى فى دار واحدة حقيقة لكنهما فى دارين مختلفتين حكما لأن المستأمن من أهل دار الحرب حكما بدليل تمكنه من الرجوع اليها ولا يتمكن من استدامة الاقامة فى دار الاسلام بخلاف الذمى فلا توارث

بينهما بل إذا مات المستأمن يوقف ماله لورثتـه الذين فى دار الحرب ، وكذلك لا توارث بين المستأمنين فى دار الاسلام وهما من دارين مختلفتين فاذا مات أحدهما لا يرثه الآخر لاختلاف داريهما ، والدار إنما تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع العصمة فيما بينهم ، فان كان بينهما تناصر وتعاون على أعدائهما كانت الدار واحدة والوراثة ثابتة لأنها تبنى على العصمة والولاية

ترتيب المستحقين للتركة بعد الديون والوصايا

(١) أصحاب الفروض وهم الذين لهم سهام مقدرة فى كتاب الله تعالى أو سنة رسول الله ﷺ أو الاجماع وهم أربعة من الرجال وثمان من النساء : الأب والجد الصحيح وإن علا والأخ لأم والزوج والأم والجدة الصحيحة وإن علت والبنت وبنت الابن وإن نزل أبوها والأخت الشقيقة والأخت لأب والأخت لأم والزوجة

(٢) ثم العصبات من جهة النسب ، والعاصب هو إنسان ذكر يتصل بالمتوفى مباشرة كالابن والأب أو بواسطة كل حلقات سلسلتها ذكور كابن الابن وأب الأب والأخ الشقيق والأخ لأب والعم الشقيق أو لأب الخ فالسلسلة قد تقصر وقد تطول

وليس للعصبة فروض مقدرة فنصيب العاصب من التركة هو ما أبقاه أصحاب الفروض غير المحجوبين به أو كل التركة على ما ستراه مبينا فى موضعه

تنبيه : بعض العصبات مقدم على بعض أصحاب الفروض فى الميراث فيحجبهم وذلك كالابن والأب والجد الصحيح بالنسبة للأخوات والأخ لأم ، ؤاصحاب الفروض المقدمون على العصبة هم غير المحجوبين بهم فلا يذهب

هذا عن ذاكرتك ، وستراه موضحا عند الكلام فى الحجب وأحوال أصحاب الفروض تفصيلا

(٣) ثم العاصب السببي وهو مولى العتاقة ولو أنثى

(٤) ثم عصبة العاصب السببى النسبية على ترتيب العصبات من جهة النسب تماما . ثم معتق المعتق ثم عصبته النسبية وهكذا

(٥) ثم الرد على ذوى الفروض المذكورين آنفا بنسبة سهامهم ما عدا الزوجين فانه لا يرد على واحد منهما بل يأخذ كل منهما فرضه المقدر له فحسب ، والرد لا يكون إلا عند عدم العصبة المذكورين فى الأعداد (٢و٣ و٤) فان وجد واحد منهم فى أية درجة فلا رد ، فتنبه لهذا

(٦) ثم ذوو الأرحام وهم الذين لهم قرابة نسبية المتوفى لكنهم ليسوا من أصحاب الفروض ولا من العصبات ، وهؤلاء لا يرثون مع أحد من المذكورين آنفا إلا مع أحد الزوجين فقط ، فاذا توفى شخص عن زوجته وبنت أخته (مثلا) فلزوجته الربع والباقى لبنت أخته وهكذا

(٧) ثم مولى الموالاة وهو الشخص الذى والاه آخر بشرط كون الأدنى حرا غير عربى ولا معتقا لعربى وليس له وارث نسبي ولا عقل عنه بيت المال أو مولى موالاة آخر وكونه مجهول النسب — بأن قال أنت مولاى ترثنى إذا مت وتعقل عنى إذا جنيت ، وقال الآخر وهو حر مكلف قبلت ، فيصح هذا العقد ويصير القابل وارثا ، وإذا كان الآخر أيضا مجهول النسب وتوافرت فيه كل شروط صاحبه وقال للأول مثل ذلك وقبله ورث كل منهما الآخر وعقل عنه لتكافؤهما ، فمن مات وترك مولى الموالاة فقط كان ميراثه كله له وإن ترك معه أحد الزوجين فالباقى من التركة يكون لمولى الموالاة

(٨) ثم المقر له بالنسب الذى فيه تحميل على غيره فمن أقر لشخص بانه أخوه (مثلا) ولم يكن نسب المقر له بالأخوة ثابتا من أبى المقر بطريقه الشرعى لكن المقر بالأخوة أصر على إقراره إلى موته فان لم يكن للمقر وارث معروف من المذكورين آنفا فان ميراثه كله يكون لذلك الأخ المقر بنسبه ، فان ترك أحد الزوجين أخذ المقر له الباقى من التركة بعد نصيب الزوج الموجود معه

فان لم يكن فى النسب تحميل على الغير كالاقرار بابن أو بنت أو أب أو أم ففى هذه الحالة يثبت النسب متى استوفى شروطه ولا يجوز الرجوع عنه ويكون المقر بنسبه فى المرتبة الاولى (مرتبة أصحاب الفروض) أو المرتبة الثانية (مرتبة العصبات النسبية) . ويلحق بهذا القسم الاقرار بالزوج أو بالزوجة

وعلى ذلك إذا مات عن أم وأب وبنت مقرلها بالنسب فللأم فرضها وهو السدس وللبنت النصف والباقى للأب فرضاً [illegible]باً ، واذا مات عن أم وبنت وعن ابن ابن مقر بنسبه فالميراث كله للأم والبنت فرضاً ورداً وعليه يكون للأم الربع وللبنت ثلاثة الأرباع ، واذا مات عن امرأة أقر بأنها زوجته كان لها ميراث الزوجة .

ولا تسه عن التفصيل الذى بينته هنا لئلا تزل قدمك

(٩) ثم الموصى له بجميع المال . فاذا أوصى لشخص بجميع ماله ومات وليس له وارث أصلا من المذكورين آنفا فكل تركته للموصى له ، فان ترك أحد الزوجين أخرج الثلث أولا ثم أخذ الموجود من الزوجين نصيبه من الباقى ثم يأخذ الموصى له بالكل ما يتبقى بعد ذلك . وعلى ذلك إذا مات عن زوجته وعن الموصى له بالكل أخذ الموصى له الثلث أولا ثم أخذت الزوجة ربع الباقى أى السدس ثم أخذ الموصى له الباقى بعد ذلك وهو ثلاثة أسداس

على ذلك يكون ما يخلص له من التركة خمسة أسداسها وللزوجة سدسها ، وإذا ماتت عن زوجها والموصى له بالكل أخذ الموصى له الثلث أولا ثم أخذ الزوج نصف الباقي أي الثلث ثم أخذ الموصى له الثلث الباقي ، وعلى ذلك يخلص للموصى له الثلثان وللزوج الثلث . فان ترك وارثاً غير الزوجين أي وارث كان فللموصى له بالكل ثلث التركة وباقيها لذلك الوارث كأن يموت شخص عن بنت خاله وعن الموصى له بالكل . وانما قدم الثلث في كل هذه الصور لأن الوصية بالثلث لأجنبي مقدمة على الميراث

(١٠) فان لم يوجد أحد أصلا ممن تقدم ذكرهم وضعت التركة في بيت المال وتصرف في مصارفها الشرعية ، فان ترك المتوفى زوجته فقط أخذت الربع والباقي يكون لبيت المال وان تركت المتوفاة زوجها كان له النصف والباقي لبيت المال ، وان أوصى المتوفى بالثلث أو بما دونه أو بأكثر منه ولم يترك وارثا أصلا أخذ الموصى له ما أوصى له به والباقي يكون لبيت المال . وإذا مات غير المسلم وهو من أهل دار الاسلام في دارنا ولا وارث له ولا وصية أصلا وضعت تركته أيضا في بيت المال فهو كالمسلم في ذلك ، أما إذا لم يكن من أهل دار الاسلام بأن يكون مستأمنا فان ماله يحفظ لورثته الذين في داره هناك حتى إذ حضروا أخذوه لأنه حقهم .

بيان أحوال أصحاب الفروض على التفصيل

١ — أحوال الأب

للأب ثلاثة أحوال :

الأول — الفرض المطلق الخالص من التعصيب وهو السدس وذلك مع الابن وابن الابن وان نزل

الثانى ــ الفرض المذكور وهو السدس مع التعصيب وذلك مع البنت وبنت الابن وان نزل أبوها ، فيأخذ الأب فى هذه الحالة زيادة على فرضه ما يتبقى من التركة

الثالث ــ التعصيب المحض وذلك عند عدم الولد مطلقا وولد الابن وان نزل

٢ - أحوال الجد

المراد بالجد هنا الجد الصحيح وهو الذى لا يوجد فى سلسلة النسب بينه وبين المتوفى انثى فان كان فهو الجد غير الصحيح وذاك من ذوى الارحام لا من أصحاب الفروض فلا تسه عن هذا

وللجد أربعة أحوال : الأحوال الثلاثة التى للأب عند عدم الأب فانه يقوم مقامه فيها ، والحالة الرابعة سقوطه بالأب اذا وجد غير أنه يفارق الأب فى أربع مسائل :

(الأولى) أن أم الأب لا ترث مع الأب لأنها محجوبة به لكنها ترث مع الجد لعدم من يحجبها

(الثانية) اذا انحصر الميراث فى الأب والأم وأحد الزوجين فللأم ثلث ما بقى بعد نصيب أحد الزوجين ، ولو كان مكان الأب جد فللأم ثلث الكل على ما عليه الفتوى وسيأتى موضحاً فى بيان أحوال الأم

(الثالثة) أن الأخوة والأخوات جميعاً يسقطون بالأب اجماعا ، وكذا الجد عند أبى حنيفة والفتوى على قوله

(الرابعة) أن أبا المعتق مع ابنه يأخذ السدس بالولاء عند أبى يوسف ، وليس للجد ذلك اتفاقا بل الولاء كله للابن وأما على ماذهب اليه أبو حنيفة

وسائر الأئمة فالولاء فى الحالتين كله للابن ولا فرق بين الأب والجد. والفتوى على هذا. وليلاحظ فى التطبيق العملى ماعليه الفتوى

٣، ٤ أحوال أولاد الأم

أولاد الأم لهم ثلاثة أحوال :

(الأول) السدس للواحد منهم اذا انفرد سواء كان ذكرا أم أنثى

(الثانى) الثلث للاثنين منهم فصاعداً سواء أكانوا ذكوراً كلهم أم أناثا أم خليطا من الذكور والأناث ، ويشتركون فى الثلث على السواء فلا يفضل فيهم ذكر على أنثى

(الثالث) سقوطهم بالأصل المذكر وبالفرع الوارث مطلقا ابناً كان أو بنتاً أو ابن ابن وان نزل أو بنت ابن وان نزل أبوها

٥ — احوال الزوج

للزوج حالتان :

الأولى ـ النصف اذا لم يكن لزوجته المتوفاة فرع وارث

الثانية ـ الربع اذا كان للزوجة فرع وارث

٦ — أحوال الزوجة

للزوجة حالتان أيضاً :

الأولى ـ الربع اذا لم يكن للزوج المتوفى فرع وارث

الثانية ـ الثمن اذا كان للزوج فرع وارث

واذا تعددت الزوجات فلهن نصيب زوجة واحدة يقتسمنه على السواء

٧ — أحوال البنت الصلبية

للبنت الصلبية وهي بنت المتوفى مباشرة ثلاثة أحوال :

الأول ـ النصف اذا انفردت

الثاني ـ للثلثان للاثنتين فأكثر

الثالث ـ التعصيب مع الابن فيكون للذكر مثل حظ الانثيين

٨ — أحوال بنت الابن

لبنت الابن ستة أحوال :

الأول - النصف اذا انفردت ولم يكن فوقها من يحجبها أو يجعل فرضها السدس

الثاني ـ الثلثان للاثنتين فأكثر اذا لم يكن فوقهن من يحجبهن

الثالث ـ السدس للواحدة فأكثر مع وجود بنت صلبية واحدة منفردة

الرابع ـ عدم ارثها مع البنات الصلبيات فى الأحوال التى يحزن فيها الثلثين بأن كن اثنتين أو أكثر مالم يوجد من يعصبها

الخامس ـ استحقاق الارث بالتعصيب ولو تعددت اذا كان بحذائها غلام مطلقاً أو كان أسفل منها واحتاجت اليه ليعصبها بأن كان من فوقها من البنات استغرقن الثلثين

السادس — سقوطها بالابن الذى هو أعلى منها درجة

والحاصل أن بنت الابن وإن نزل أبوها ان كان بحذائها غلام عصبها مطلقا وإن كان أسفل منها غلام عصبها ان احتاجت اليه وذلك بأن يستغرق من فوقها من البنات (مطلقا) الثلثين ، فان لم تكن محتاجة اليه اخذت فرضها وهو السدس ولو تعددت ان كان فوقها بنت . وإن كان معها غلام أعلى منها درجة حجبها مطلقا

٩ ــ أحوال الأخت الشقيقة

للأخت الشقيقة ـ وهي أخت المتوفي من أبيه وأمه ـ خمسة أحوال :

(١) النصف للواحدة إذا انفردت

(٢) الثلثان للاثنتين فصاعداً

(٣) الاستحقاق بالتعصيب مع وجود الأخ الشقيق ، وفى هذه الحالة يكون للذكر مثل حظ الأنثيين

(٤) أخذها وإن تعددت ما يتبقى من التركة مع البنت أو بنت الابن وان نزل أبوها . وربما لا يبقى للأخت الشقيقة فى هذه الحالة شىء

(٥) حجبها بالأصل والفرع المذكرين الأب والجد الصحيح وإن علا والابن وابن الابن وإن نزل

تنبيه : الأحوال الثلاثة الأولى للأخت الشقيقة كأحوال البنت الصلبية كما يظهر بالمقارنة وسترى أيضا أن نسبة الأخت لأب الى الأخت الشقيقة فى الميراث كنسبة بنت الابن الى البنت

١٠ - أحوال الأخت لأب

الأخت لأب لها ستة أحوال :

(الأول) النصف اذا انفردت ولم يوجد من يحجبها أو يجعل فرضها السدس

(الثانى) الثلثان اذا تعددن ولم يوجد من يحجبهن أو يجعل فرضهن السدس

(الثالث) السدس مع الأخت الشقيقة سواء انفردت الأخت لأب أم تعددت

(الرابع) الاستحقاق بالتعصيب بالأخ لأب عند عدم الحاجب ، وفى هذه الحالة يكون للذكر مثل حظ الأنثيين

(الخامس) استحقاقها باقى التركة مع البنت الصلبية أو بنت الابن وان نزل أبوها ، وربما لا يبقى لها في هذه الحالة شيء

(السادس) سقوطها بالأختين الشقيقتين فأكثر ما لم يكن معهـا أخ لأب يعصبها وسقوطها بالأخ الشقيق مطلقا ، وبالأخت الشقيقة اذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن الخ لأنهـا تكون حينئذ فى قوة الأخ الشقيق . وسقوطها هى وجميع الأخوة والأخوات بالأب والجد وان علا والابن وابن الابن وان نزل

١١ - أحوال الأم

للأم ثلاثة أحوال :

(١) السدس ان كان للمتوفى ابن أو ابن ابن وان نزل أو بنت أو بنت ابن وان نزل أبوها أو اثنان فأكثر من الأخوة والأخوات من أية جهة كانوا

(٢) ثلث كل التركة عند عدم المذكورين وفى غير الحالة الآتية

(٣) ثلث البـاقى من التركة بعـد فرض أحد الزوجين فيما اذا انحصر الميراث فى زوج وأب وأم، أو زوجة وأب وأم سواء أكان معهم آخرون من الورثة محجوبون لكنهم لم يؤثروا فى تحويل نصيب الأم من الثلث الى السدس أو لم يكن معهم أحـد أصلا ، فان كان بدل الأب جـد فى تينك الحالتين فللأم ثلث الـكل كما تقدم ذلك فى بيان الفروق بين الأب والجد ، وان كان معهم اثنـان من الأخوة والأخوات فأكثر فللأم فى هـذه الحالة السدس وان كان الميراث محصورا فيها وفى الأب وأحد الزوجين وذلك لأن ما زاد على الواحد من الأخوة والأخوات وان كان محجوبا بالأب لكنه أيضا حاجب للأم من الثلث الى السدس كما تقدم فى الحالة الأولى فتنبه لهذا

١٢ - أحوال الجدة

الجدة صاحبة الفرض هى الجدة الصحيحة وهى التى ليس بينها وبين المتوفى

جد غير صحيح (راجع أحوال الجد) فان لم تكن صحيحة فهى من ذوى الأرحام كالجد غير الصحيح، وعلى ذلك فأم أبى الأم جدة غير صحيحة وأم أم الأم جدة صحيحة ومثلها أم أب الأب. وللجدة حالتان: حالة الارث وحالة الحجب

(الحالة الأولى) لها السدس سواء أكانت واحدة أم متعددة وسواء كانت من جهة الأب أم من جهة الأم، ويشترط لارث الجدات المتعددات أن يكن متحاذيات فى الدرجة. وإذا كانت جدة ذات قرابة واحدة كأم أم الأب ومعها جدة أخرى ذات قرابتين أو أكثر كأم أم الأم وهى أيضا أم أبى الأب فان السدس يقسم بينهما أنصافا ولا تفضل ذات القرابتين أو ذات القرابات على ذات القرابة الواحدة. وبالجملة فالسدس يقسم بين المستحقات من الجدات على السواء بدون تفضيل لاحداهن على الأخرى

(الحالة الثانية) عند وجود الأم لا ميراث للجدات سواء كن من ناحية الأم أم كن من ناحية الأب، فاذا لم توجد الأم ووجد الأب فانه يحجب الجدات اللاتى من جهته هو فقط وأما الجدات اللاتى من جهة الأم فلا يحجبهن، وكذلك كل جد وان علا يحجب كل جدة تدلى به ولا يحجب غيرها. وإذا اختلفت درجة الجدات قربا وبعدا فان القربى منهن تحجب البعدى ولو كانت القربى محجوبة بغيرها كأب وأم أب وأم أم أم

الارث بالتعصيب

العاصب ينقسم الى قسمين عاصب نسبى وعاصب سببى، والعاصب النسبى ينقسم إلى ثلاثة أقسام. عاصب بنفسه، وعاصب بغيره، وعاصب مع غيره فالعاصب النسبى لنفسه[1] قد تقدم تعريفه فى صفحة (٢٧٤)، وحكمه أنه

(١) وهذا هو العاصب الحقيقى الذى ينصرف اليه اللفظ عند الاطلاق وأما

يحوز كل الميراث إذا انفرد ولم يكن معه وارث من أصحاب الفروض غير محجوب به فان كان معه ذلك الوارث أخذ العاصب باقي التركة ان بقي له شيء ، وان تعدد هذا العاصب واتحدت الجهة والدرجة والقوة فالقسمة بينهم على السواء ، وان اختلفت الجهة رجحت جهة البنوة على جهة الأبوة ، وجهة الأبوة على جهة الأخوة وجهة الأخوة على جهة العمومة ، وهكذا ترجح الجهة القربى على الجهة البعدى فان اتحدت الجهة واختلفت الدرجة رجحت الدرجة القريبة على ما بعدها فيرجح الابن على ابن الابن ، ويرجح ابن الابن على ابن ابن الابن وهكذا ، ويرجح الاب على أبي الاب، ويرجح أبو الاب على أب أب الاب وهكذا ، ويرجح الاخ الشقيق على ابن الاخ الشقيق، ويرجح ابن الاخ الشقيق على ابن ابن الاخ الشقيق ويرجح الاخ لاب على كل من ابن الاخ لاب وابن الاخ الشقيق لقرب درجته وهكذا ، وان اتحد كل من الجهة والدرجة كان الترجيح بقوة القرابة ولا يكون هذا من جهتي البنوة والابوة أصلا وإنما يكون فيما عداهما من الجهات كجهة الاخوة والعمومة وعلى ذلك يرجح الاخ الشقيق على الاخ لاب وابن الاخ الشقيق على ابن الاخ لاب والعم الشقيق على العم لاب وهكذا

ومما تقدم تعرف أن الجهات أربع : البنوة وان نزلت والابوة وان علت والأخوة وفروعها والعمومة وفروعها ثم ما وراءها من عمومة الاب ثم عمومة الجد الخ . والدرجة تكون بالقرب والبعد من المتوفى ، والقوة تكون بقوة القرابة من المتوفى فمن كان متصلا به من ناحية الاب والام فهو أقوى من المتصل به من ناحية الاب فقط . وأما المتصل به من ناحية الام فقط فان كان أخا لام فهو

غيره كالبنت والاخت فهو عاصب مجازى شبه بالعاصب الحقيقي لاشتراكهما في وصف جامع وهو أن ما يرثه كل منهما ليس له مقدار نسبي معين في التركة . إذ هو ما يتبقى من التركة بعد انصباء أصحاب الفروض ، اذا بقي بعد ذلك شيء

من أصحاب الفروض وليس عاصبا وإلا فهو من ذوى الارحام مطلقا كابن الاخ لام وكالعم لام وابن العم لام وهكذا

(تنبيه) قد لا يبقى للعاصب نفسه شىء كما فى أم وبنت وبنت ابن وزوج وأخوين شقيقين

والعاصب النسبى بغيره هو كل انثى صاحبة فرض وجد معها مذكر فى درجتها سواء أكان أخاها أو ابن عمها وهذا محصور فى بنات الصلب وبنات الابن وبنات ابن الابن الخ والأخوات الشقيقات والأخوات لأب بالاستقراء وأما من ليست صاحبة فرض فلا ترث بالتعصيب بغيرها كبنت العم مع ابن العم وبنت الأخ مع ابن الأخ فلا تسه عن هذا

(تنبيه) قد لا يبقى للعاصب بغيره مع من يعصبه شىء من التركة كما فى أم وأختين لأم وأخت شقيقة وأخت وأخ كلاهما لأب

والعاصب النسبى مع غيره هو كل أنثى تأخذ ماتبقى من التركة مع وجود ذلك الغير بدون أن تشاركه فى العصوبة . وهو محصور بالاستقراء فى اثنتين من أصحاب الفروض وهما الأخت الشقيقة والأخت لأب اذا مات المورث عن احداهما وعن بنت أو بنت ابن وان نزل أبوها سواء أكان معهما ورثة آخرون أم لا ، وبهذا يظهر لك الفرق بين العاصب بغيره والعاصب مع غيره ففى الحالة الأولى يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، وأما فى الثانية فلا شركة بل العاصب مع غيره يأخذ الباقى إن وجد . وقد تبين لك أيضا أن كلا من العاصب بغيره والعاصب مع غيره محصور فى الأناث من أصحاب الفروض لا يتعداهن كما علمت . وقد لا يبقى للعاصب مع غيره شىء كما فى بنتين وأم وزوج وثلاث أخوات لأب

(تنبيه) الأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن فانها

تكون فى قوة الأخ الشقيق فتحجب كلا من الأخت لأب والأخ لأب ومن دونهما وكذلك الأخت لأب مع البنت أو بنت الابن فانها تكون فى قوة الأخ لأب. فلا تسه عن هذا

(تنبيه آخر) إذا وجد مع الاخت الشقيقة أخ شقيق أو وجد مع الأخت لأب أخ لأب فى الصور المتقدمة فانهما يقتسمان الباقى بالتعصيب للذكر مثل حظ الانثيين

العاصب السببى هو مولى العتاقة ولو كان أنثى ، ومرتبته فى الميراث بعد مرتبة العاصب النسبى فى جميع أحواله . فان لم يكن موجودا فالميراث لعصبته فى النسب بأنفسهم فقط على الترتيب المتقدم تماما فى العاصب بنفسه من أقارب المتوفى . فان لم يوجدوا فالميراث لمعتق العتق ثم لعصبته كذلك . ومن بعد هؤلاء لمعتق الاب ثم لعصبته . ولا ولاء لمعتق الاب على أولاده إذا كانت أمهم حرة الاصل

(تنبيه) لا يرث من أقارب المعتق إلا أقاربه العصبات بانفسهم كما قدمنا فلا ميراث لبنته ولو كان معها أخوها لانها ليست صاحبة فرض ولا من أقارب المتوفى فلا ميراث لها أصلا بل هى أجنبية بالنسبة للميراث وكذا غيرها من أقارب المعتق غير المذكورين ، وكذا لا ميراث لعصبة عصبة المعتق ان لم يكونوا من أقارب المعتق ، وأما معتق المعتق ومعتق معتق المعتق وهكذا فهم من العصبة السببية .

الحجب

الحجب هو منع شخص من الميراث مع قيام سبب الارث وأهليته ، فيحرم من نصيبه كله أو بعضه . ويسمى الأول حجب حرمان ويسمى الثانى حجب

نقصان . فان انتفت أهلية الارث مع وجود السبب من قرابة أو زوجية او ولاء فهذا هو المنع من الميراث أصلا . واذا انتفى سبب الارث بالكلية فالشخص أجنبي عن الميراث . والفرق بين المحجوب فى الميراث والممنوع منه (ويسمى محروما) أن الاول قد يحجب غيره والثانى لا يحجب غيره أصلا مهما كانت درجته بل يعتبر وجوده وعدمه سواء مثال الأول . أم مع أخوين لأم وجد صحيح . فالأخوان محجوبان بالجد وهما يحجبان الأم من الثلث الى السدس حجب نقصان . ومثال الثانى أم وجد مع أخوين لام اشتركا فى قتل المتوفى فللام فى هذه الحالة الثلث . وكزوجة كتابية توفيت عن زوجها المسلم وعن ابن وبنت لها منه وعن أم وأخ لأب كتابيتين ، الميراث كله لأمها (الثلث) ولأخيها (الباقى) ولاشيء لزوجها المسلم ولا ابنها ولا بنتها لانهما مسلمان ، باجماع العلماء تبعا للأب . ومثال الثالث بنت المعتق مع ابن عم ابن عم المعتق لأبيه فالميراث كله لابن عم العم ولا شيء لبنت المعتق لانتفاء سبب الأرث عنها .

وحجب الحرمان لا يدخل على ستة نفر منهم خمسة : من أصحاب الفروض وواحد من العصبة فالخمسة هم الأبوان والزوجان والبنت ، والواحد هو الابن . ويدخل حجب الحرمان على من عدا هؤلاء الستة وهم الباقون من أصحاب الفروض وسائر العصبات فالجد يحجب بالأب وكل جد وان علا يحجب من فوقه من الاجداد . والجدة تحجب بالام مطلقا وكذا بالاب ان كانت من جهته . وكل جدة وان علت تحجب من وراءها من الجدات . والأخوة والاخوات جميعا يحجبون بالأب وبالجد وان علا وبالابن وابن الابن وان نزل . ويحجب أولاد الام زيادة على ذلك بالفرع الوارث المؤنث .

وبنت الابن تحجب بالابن وكذا تحجب بالبنتين فصاعدا اذا لم يعصبها غلام فى درجتها أو دونها . وكل بنت ابن نزل أبوها درجة فانها تحجب بابن

الابن الذى هو فوقها من الدرجة وكذا إذا استغرق من فوقها من البنات أو بنات الابناء الثلثين إلا إذا كان معها من يعصبها كما علمت . والاخوات الشقيقات اذا استغرقن الثلثين حجبن الاخوات لاب الا إذا كان معهن أخ لأب يعصبهن . وكل واحد من العصبة يحجب بالعاصب الذى هو أقرب منه جهة ثم بمن هو أقرب منه درجة عند اتحاد الجهة ثم بمن هو أقوى منه قرابة عند اتحاد كل من الجهة والدرجة وعلى هذا يتصور أن يحجب كل واحد من العصبات ما عدا الابن فانه لا يحجب أصلا بل هو أقوى الورثة على الاطلاق . وليلاحظ أن الاب إذا حجب بالابن وابن الابن وان نزل فانما يحجب من جهة العصوبة فقط ويكون ميراثه بطريق الفرضية . ومثل الاب أبوه وإن علا عند فقد الاب القريب فى الصورة المتقدمة وليلاحظ أيضا أن العاصب قد لا يبقى له شىء من التركة مع كونه غير محجوب باحد ويكون ذلك فى الاحوال التى يستغرق فيها الموجودون من أصحاب الفروض كل التركة بل ربما تعول المسألة كما سترى فى العول . ومن أمثلة ذلك زوج وأختان شقيقتان وأم وعم شقيق - زوجة وثلاث اخوات متفرقات وأم وابن أخ لاب - زوج وأم وأخوين لام وخمسة اخوة اشقاء وهكذا (وهذه الصورة الاخيرة فيها خلاف بين الائمة لا يتسع له المقام هنا)[1] . وليلاحظ أخيرا أن الاخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن كانت فى قوة الاخ الشقيق ، وان الاخت لاب فى هذه الحالة تكون فى قوة الاخ لاب وذلك عند عدم كل من الاخ الشقيق والاخ لاب فى الحالتين لانه لو وجد أحدهما فاخته تكون عصبة فتشاركه فيما بقى من التركة بعد أخذ البنت أو بنت الابن نصيبها ان بقى شىء منها . وحجب النقصان يدخل على خمسة من

---

(١) انظر كتابنا بحث المواريث المقارن

الورثة كما علم ذلك بالاستقراء وهم الزوجان والام وبنت الابن والاخت لاب . فأما الزوج فيحجبه الفرع الوارث للمتوفى مطلقا من النصف إلى الربع وأما الزوجة فيحجبها كذلك الفرع الوارث من الربع إلى الثمن . وأما الام فيحجبها الفرع الوارث مطلقاً من الثلث الى السدس ومثل الفرع الوارث فى ذلك اثنان فأكثر من الاخوة والاخوات ولو كانوا مختلطين . وبنت الابن تحجبها البنت من النصف إلى السدس ، وهكذا كل بنت ابن نزل أبوها يحجبها من فوقها من بنات الابن من النصف الى السدس ان لم تكن محجوبة حجب حرمان ولم يكن معها من يعصبها . والاخت لاب تحجبها الاخت الشقيقة من النصف الى السدس ان لم تكن محجوبة حجب حرمان ولم يكن معها من يعصبها فهى كبنت الابن مع البنت فى ذلك .

(تنبيه) قد يستحق الوارث الميراث من جهتين مختلفتين كزوج هو ابن عم لأب (مثلا) وكابن عم لأب هو أخ لأم وكزوجة هى بنت عمة أو بنت خال فانها ترث من جهة الرحم ان لم يكن معها من هو أولى منها بالميراث من الأصناف المقدمة على ذوى الأرحام . وقد يحجب الوارث من احدى الجهتين فيرث بالجهة الأخرى فقط كما إذا وجد مع الزوج الذى هو ابن عم لأب ابن عم شقيق أو وجد مع ابن العم لاب الذى هو أخ لأم بنت أو بنت ابن .

أما إذا كان الميراث من جهتين متحدتين أو جهات متحدة كجدة ذات ثلاث قرابات فليس لها فى هذه الحالة إلا ميراث جدة واحدة فلا تميز على غيرها من الجدات ذوات القرابة الواحدة وذلك لأن جهة ارثها ولو تعددت فان صفتها التى تستحق بها الميراث لم تتعدد فهى جدة على كل حال بخلاف الصور المذكورة آنفا لأن صفات الاستحقاق فيها تعددت . وإذا وجد مع

الجدة ذات القرابة المتعددة من يحجبها من بعض الجهات فانها ترث بالجهة التي لم تحجب من ناحيتها ولا يضرها ذلك الحجب من الجهة الأخرى لأن ما بقي لها يكفيها لان تستحق نصيبها من الميراث

خلاصة لما تقدم

وطريقة للحساب عامة ومختصرة جدا

يتلخص مما قدمناه أن الفروض أي السهام المقدرة لاصحابها من الورثة بالكتاب أو السنة أو الاجماع محصورة في ستة كسور : النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس

فالنصف فرض خمسة من الورثة وهم الزوج إذا لم يكن لزوجته المتوفاة فرع وارث سواء أكان منه أم من غيره . والبنت الصلبية اذا انفردت ولم يكن معها ابن يعصبها . وبنت الابن وان نزل أبوها إذا كانت كذلك ولم يكن معها من يحجبها . والأخت الشقيقة اذا انفردت ولم يوجد من يحجبها أو يعصبها والأخت لأب كذلك

والربع فرض اثنين وهما الزوج اذا كان لزوجته المتوفاة فرع وارث منه أو من غيره . والزوجة اذا لم يكن لزوجها المتوفى فرع وارث سواء أكانت واحدة أم متعددة

والثمن فرض الزوجة ولو تعددت إذا كان للزوج المتوفى فرع وارث

(تنبيه) ولد الزنا يرث أمه لثبوت نسبه بدليل محسوس ولا يرث أباه إلا إذا كان قد أقر بنسبه ولم يقل انه من الزنا . ومثله في ذلك ولد الملاعنة مالم يكذب الملاعن نفسه ويقر بنسب الولد ثانيا وكذا اللقيط يثبت نسبه من الملتقط إذا ادعاه وتوافرت شروط الدعوة ولم يوجد معارض للملتقط

أقوى منه حجة [1] وإذا تعدد مدعو نسب اللقيط وتعادلت حججهم أولم يوجد مرجح أصلا ثبت نسبه منهم جميعا صونا له من الضياع ويرثونه جميعا إذا مات ميراث أب واحد ويرث هو كل واحد منهم باعتباره ولدا له [2] ومن هنا ترى أن ولد الزنا يحجب الزوج من النصف إلى الربع لأنه فرع وارث للزوجة المتوفاة ، ومثله فى ذلك ولد الملاعنة اذا تزوجت أمه غير الملاعن ثم ماتت عنه وعن ذلك الولد . وكذلك اللقيط اذا ادعت امرأة أنه ولدها وتوافرت فيها شروط اقرارها

والثلثان فرض أربع من الورثة بنتا الصلب ، وبنتا الابن وان نزل أبوهما ، والاختان الشقيقتان ، والاختان لاب . واذا زاد العدد فى كل نوع منهن على اثنين فالفرض لا يتغير وهذا كله عند عدم المعصب بالنسبة للجميع ، وعند عدم الحاجب بالنسبة لغير بنات الصلب على ما تقدم .

والثلث فرض اثنين من الورثة . الام عند عدم الفرع الوارث مطلقا وعند عدم اثنين فأكثر من الأخوة والأخوات من أية جهة كانوا وهو أيضا نصيب أولاد الأم إذا كانوا اثنين فأكثر يستوى فى الاشتراك فيه الموجود منهم بدون تفرقة بين الذكر والأنثى مالم يحجبهم حاجب من أصل وارث مذكر أو فرع وارث مطلقاً

والسدس فرض سبعة وهم الاب عند وجود الفرع الوارث ، ومثله فى ذلك الجد الصحيح وان علا عند عدم من يحجبه . والأم عند وجود الفرع الوارث أو وجود اثنين فأكثر من الأخوة والأخوات . والجدة ولو تعددت اذا لم يوجد من يحجبها . وولد الأم إذا انفرد ذكرا كان أو أنثى عند عدم

---

(١) راجع ثبوت النسب فى الاحوال الشخصية

(٢) راجع احكام اللقيط

الأصل المذكر والفرع الوارث مطلقا . وبنت الابن مع البنت الصلبية عند عدم الحاجب والمعصب ومثلها فى ذلك كل بنت ابن وإن نزل أبوها مع من فوقها من بنت أو بنت ابن الخ بالشرط المتقدم . والأخت لأب مع الأخت الشقيقة عند عدم الحاجب والمعصب

وأما العاصب بنفسه فله كل التركة اذا انفرد ، وله الباقى منها إذا كان معه صاحب فرض لم يحجب به وبقى شىء من التركة والعاصب بغيره يشارك العاصب بنفسه الذى فى درجته وقوته فيكون حظ الذكر ضعف حظ الأنثى والعاصب مع غيره له الباقى من التركة إذا بقى له شىء . فاذا توفى شخص عن ابن عم شقيق فقط كانت كل التركة له ، واذا توفى عن عم لأب وبنت ابن كان لعمه لأبيه النصف . واذا توفى عن أب وأم وأخ شقيق فليس للاخ الشقيق شىء لأنه محجوب بالأب ، واذا توفى عن بنت وأخت شقيقة وأخ لأم وأخوين لأب فليس للأخوين لأب شىء لكونهما محجوبين بالأخت الشقيقة لصيرورتها عصبة مع البنت ، واذا توفيت عن أم وزوج وأخوين لأم وثلاثة أخوة أشقاء فليس للأخوة الأشقاء شىء لأنه لم يبق لهم شىء ، ولو كانت معهم أخت شقيقة أو أكثر فانها تضيع بسببهم لصيرورتها عصبة بهم ، واذا توفى عن أم وزوجة وأخت شقيقة وأخ لأب وأخت لأب فللأخت لأب ثلث ما يبقى بعد أن تأخذ كل واحدة من الأم والزوجة والأخت الشقيقة فرضها وللأخ لأب ثلثا ذلك الباقى أى ضعف أخته ، واذا توفى عن زوجة وأم وبنت وأخت لأب فللأخت لأب الباقى من التركة بعد أخذ كل من من الزوجة والأم والبنت فرضها ، واذا توفى عن أم وزوج وبنت وبنت ابن وأخت شقيقة فليس للأخت الشقيقة شىء لأنها لم يبق لها شىء وهكذا

طريقة الحساب

مقامات الكسور الدالة على أنصباء الورثة فى التركة تسمى مخارج التركة وأصول المسائل . فأصل المسألة ، ومخرج التركة ، ومقام الكسر ألفاظ متعددة تدل على معنى واحد ، كما أن الفرض والسهم والنصيب ألفاظ مترادفة كذلك وقد علم بالاستقراء أن أصول المسائل سبعة ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٦ ، ٨ ، ١٢ ، ٢٤ فهذه الأصول هى مقامات الكسور ، فاذا جمعت كسور المسألة الواحدة فلا بد من أحد أمور ثلاثة : اما أن يكون حاصل جمع المبسوط مساويا للمقام المشترك وإما أن يكون زائدا عليه ، وإما أن يكون ناقصاً عنه ، وفى الحالة الثانية يقال ان المسألة فيها عول ، وفى الحالة الثالثة يقال ان فيها رداً - وسيأتى الكلام فى كل من العول والرد - ثم ان تعدد أصناف الورثة كأن يكون فى المسألة (مثلا) زوجتان أو ثلاث بنات أو أربع أخوات لأب وهكذا فقد لا تنقسم السهام على هؤلاء الورثة قسمة صحيحة فلأجل تصحيح القسمة يتبع طريقة تجنيس الكسور ، وكذلك تتبع هذه الطريقة اذا احتيج الى المقارنة بين حالتين لوارث واحد كما فى مسائل الحمل وهكذا فى كل حالة تدعو إلى التجنيس وسيأتى مايوضح ذلك عملا

والمسألة تكون من اثنين إذا لم يكن فيها كسور إلا النصف كزوج وأخت شقيقة ، وكبنت وأخ لاب ، وتكون من ثلاثة اذا كان فيها ثلث وما يبقى كأم وأب أو ثلثان وما يبقى كبنتى ابن وابن عم شقيق أو ثلث وثلثان كأختين لأم وأختين لأب وتكون من أربعة اذا كان فيها ربع وما بقى كزوج وابن أو ربع ونصف وما بقى كزوج وبنت وأخ شقيق ، أو ربع وثلث ما يبقى وما بقى كزوجة وأم وأب ، وتكون من ثمانية اذا كان فيها ثمن وما بقى كزوجة وابن ابن ،

أو ثمن ونصف وما بقى كزوجة وبنت وأخ شقيق . وهذه المسائل الأربع لا يدخلها العول أصلا فلا يكون بجموع المبسوط فيها أكثر من المقام المشترك أصلا . وأما الستة والاثنا عشر والأربعة والعشرون فهذه هى التى يدخلها العول كما سيأتى :

العول

العول هو زيادة فى أنصباء ذوى الفروض تستلزم بالضرورة نقصاً فى مقادير أنصبائهم . وأصول المسائل التى تعول هى : ٦ ، ١٢ ، و ٢٤ . وهاك بيان العول فى كل منها .

السنة تعول الى ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ — أمثلة ذلك :

زوج وأختان شقيقتان . زوج وأختان لاب . زوج وأخت شقيقة وأخت لأب . زوج وأخت لأب وأخت لأم . زوج وأم وأخت لأب . ففى كل هذه الصور تعول المسألة الى سبعة .

زوج وأختان شقيقتان وأم . زوج وأختان لأب وأم أم وأم أب . زوج وأخت شقيقة وأخت لاب وأخ لام . ففى هذه الصورة تعول المسألة الى ثمانية .

زوج وأختان شقيقتان وأم وأخ لأم . زوج وأختان لأب وأم أم وأم أب وأخت لأب . زوج وأخت شقيقة وأخت لأب وأربعة إخوة لأم . ففى هذه الصور تعول المسألة الى تسعة .

زوج وأختان شقيقتان وأم وأخوان لأم . زوج وأختان لأب وأم أم وأم أب وأختان لأم . زوج وأخت شقيقة وأخت لأب وست أخوات لأم وأم . ففي هذه الصور تعول المسألة الي عشرة .

والاثنا عشر تعول الى ١٣ ، ١٥ ، ١٧ — أمثلة ذلك :

زوجة وأختان شقيقتان وأم . زوج وبنتان وأم . زوجة وأختان لأب وأم أم وأم أب . زوج وبنتا ابن وأب . زوجة وأخت شقيقة وأخت لأب وأخ لأم . زوج وبنت وبنت ابن وأب . ففى هذه الصورة تعول المسألة الى ثلاثة عشر .

زوج وأختان شقيقتان وأم وأخ لأم . زوج وبنتان وأم وأخ لأم . زوجة وأختان لأب وأم أم وأم أب وأخت لأم . زوج وبنتا ابن وأب وأم . زوج وأخت شقيقة وأخت لأب وأخت لأم وأم . زوج وبنت وبنت ابن وأب وأم أم . ففى هذه الصور تعول المسألة الى خمسة عشر .

زوجة وأختان شقيقتان وأم واخوان لام . زوجة وأختان لاب واختان لام وأم أم وأم أب . زوجة وأخت شقيقة وثلاث أخوات لاب وأربعة اخوة لام وأم . ففى هذه الصور تعول المسألة الى سبعة عشر .

والاربعة والعشرون : تعول الى ٢٧ فقط . مثال ذلك :

زوجة وبنتان وأب وأم . زوجة وبنت بنت ابن وأم أم وأم أب وأب أب . زوجة وبنت ابن ابن وأب وأم . ففى هذه الصور تعول المسألة الى سبعة وعشرين .

(تنبيه) : فى مسائل العول يعتبر مجموع البسوط أصلا جديداً للمسألة وتنسب اليه سهام الورثة . مثال ذلك . زوج واختان شقيقتان وام واخوان لام للزوج النصف وللأختين الثلثان وللأم السدس وللأخوين لام الثلث فأصل المسألة من ستة وتعول الى عشرة فتجعل العشرة اصلا للتركة وتنسب اليها السهام فيأخذ الزوج ١٠ / ٣ بدلا من ٦ / ٣ وتأخذ الشقيقتان ١٠ / ٤ بدلا من ٦ / ٤ وتأخذ الام ١٠ / ١ بدلا من سدس ويأخذ الإخوان

لام ١٠ / ٢ بدلا من ٦ / ٢ وعلى هذا القياس .

الرد

الرد ضد العول لأن فيه مجموع سهام أصحاب الفروض أقل من أصل المسألة فتزيد بالضرورة انصباؤهم من التركة ، وليس كل أصحاب الفروض يرد عليه بل الرد انما يكون على من عدا الزوجين أما هما فلا يرد على واحد منهما بل يأخذ الموجود منهما نصيبه منسوبا إلى أصل المسألة فقط وما يتبقى منها يقسم على أصحاب الفروض بنسبة سهامهم ، وأنت ترى بالبداهة أنه لا يمكن أن يكون فى أي مسألة من مسائل الرد ميراث بالتعصيب أصلا لأنه لو وجد بينهم من يرث بالتعصيب لأخذ الباقى ولم يرد على الآخرين

ومسائل الرد كما علم بالاستقراء تنقسم إلى أربعة أقسام :

الأول أن يكون فى المسألة جنس واحد ممن يرد عليه مافضل عن الفروض وليس معه من لا يرد عليه . وفى هذه الحالة تقسم التركة عليهم على السواء فاذا ترك بنتين فقط أخذت كل واحدة منهما نصف التركة وإذا ترك ثلاث اخوات شقيقات أخذت كل واحدة منهما ثلث التركة وإذا ترك خمسة أخوة لأم أخذ كل واحد منهم خمس التركة وهكذا

الثانى . أن يكون فى المسألة جنسان أو ثلاثة أجناس ممن يرد عليه وليس معهم من لا يرد عليه ، وفى هذه الحالة تقسم التركة عليهم بنسبة سهامهم . مثال ذلك : جدة وأخت لأم لكل واحدة منهما النصف فرضاً ورداً وأم وأخوين لأم للأم الثلث وللأخوين لأم الثلثان كذلك ، وبنت وبنت ابن للبنت ثلاثة أرباع التركة ولبنت الابن ربعها وبنتين وأم للبنتين أربعة أخماس وللأم الخمس وبنت وبنت ابن وأم للبنت ٥/٣ ولبنت الابن ٥/١ وللأم ٥/١ وأخت لأب وأختين لأم فللأخت لأب ٥/٣ وللأختين لأم ٥/٢ وكأخت

شقيقة وأم فللشقيقة ٣/٥ وللأم ٢/٥

الثالث : أن يكون مع الجنس الواحد ممن يرد عليه من لا يرد عليه كأم وزوج فللزوج النصف فرضا وللأم النصف الباقى فرضاً ورداً وكزوجة وثلاث أخوات لأم فللزوجة الربع فرضا وتقسم ثلاثة الأرباع الباقية على الأخوات الثلاث على السواء وهكذا . ولا تنس طريقة الحساب المتقدمة فان كان فى المسألة زوج وخمس بنات فللزوج ١/٤ وللبنات ٣/٤ فلأجل تصحيح القسمة تجعل المسألة من عشرين وهو المضاعف البسيط للكسور المبينة لجميع الأنصباء وعلى ذلك يكون للزوج ٥/٢٠ أى ربع التركة فقط وللبنات الخمس ١٥/٢٠ لكل واحدة منهن ٣/٢٠

الرابع : أن يكون مع القسم الثانى المتقدم زوج أو زوجة وفى هذه الحالة يعطى الزوج أو الزوجة فرضه من أصل التركة ويقسم الباقى منها على باقى الورثة قسمة تناسبية كما تقدم . مثال ذلك زوجة وجدة وأختان لأم فللزوجة الربع فرضاً وللجدة الربع فرضا ورداً وللأختين لأم النصف كذلك وهكذا

وقبل أن نذكر طريقة توريث ذوى الأرحام نذكر مسائل من الميراث لها أحكام واعتبارات خاصة وهى مسائل توريث الحمل والمفقود والخنثى المشكل ومسائل التخارج والتوارث بين الغرقى والهدمى والحرقى . وقد قدمنا آنفا أن كلا من ولد الزنا وولد اللعان والولد الذى أقرت امرأة بأنه ولدها وليس له أب معروف يرث أمه وقرابتها ولا يرث الأب ولا قرابته اما لانقطاع نسبه عن الأب شرعا كما فى الأول والثانى ، واما لجهالة الأب فى الحالة الأخيرة فقط وهى التى يعوزها الاثبات ومثلها ما إذا كان الأب المدعى نسبه منه معروفا لكنه يجحد البنوة وينكر الزواج ولم يكن اثبات ذلك عليه

ميراث الحمل

(ينتظم الكلام فى ميراث الحمل ثلاث مسائل)

(المسألة الأولى) متى يعتبر الحمل وارثا — إذا كان الحمل ولد النفس المورث وقد ولدته أمه لسنتين فأقل من وفاة المورث وكانت الزوجية قائمة بينها وبين المتوفى ولو حكما وقت الوفاة ولم تكن أقرت بانقضاء العدة فى مدة تحتمل ذلك فان نسب الولد يثبت من المتوفى ويرثه . فان كان المورث قد أبانها قبل وفاته ومات وهى فى العدة ثم ولدت فان ولدها يرثه اذا ولد لأقل من سنتين من وقت الابانة (راجع ثبوت النسب) وان كان الحمل ولدا لغير المتوفى وقد ولدته أمه لسنتين أو أقل من وقت وفاة زوجها والد الحمل أو ابانته اياها وكان بين وفاة المورث وولادة الحمل أقل من السنتين ايضاً فانه يرثه ان كان من أهل الميراث وذلك لتحقق وجوده شرعا وقت وفاة المورث أما اذا كان أبوه حياً والزوجية قائمة ولو حكما فلا يرث الحمل من المورث المتوفى الا إذا ولدته أمه لستة أشهر فأقل من وفاته ، وذلك لأنها إذا ولدته لأكثر من ستة أشهر فانه يحتمل انها حملت به بعد وفاة المورث وشرط الميراث كما قدمنا أن يكون الوارث حياً ولو تقديرا وقت موت المورث .

(تنبيه) دعوى النسب والارث لاتسمع الآن فى محاكمنا الشرعية بعد سنة من الوفاة أو الطلاق بمقتضى المرسوم بقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ وهذا المنع مبنى على تخصيص القضاء ، على قول أبى حنيفة وأصحابه . (١)

(المسألة الثانية) شرط استحقاقه للارث ـ يشترط لاستحقاق الحمل للارث أن يولد حياً ويعرف ذلك بظهور مايستدل به على حياته كصوت

---

(١) انظر ما كتبته فى ثبوت النسب فى كتابى الأحوال الشخصية المطبوع سنة ١٩٢٥ وفى مقالاتى فى ذلك فى مجلة كلية الحقوق قبل صدور هذا المرسوم بقانون

وحركة . فان خرج أكثره حياً ثم مات فكانه خرج كله حياً فيرث ، وان خرج أقله حياً ثم مات فكأنه خرج كله ميتاً فلا يرث ، وذلك لأن للأكثر حكم الكل ، ومعرفة الأكثر أنه ان خرج برأسه فالمعتبر صدره أى إذا خرج صدره كله وهو حي يرث وان خرج برجله فالمعتبر سرته فان خرجت السرة وهو حي يرث ، وإلا فلا ميراث له ، وهذا التفصيل المتقدم فيما اذا انفصل الجنين بنفسه ، أما إذا إنفصل ميتاً بفعل الغير بأن ضرب إنسان بطن الحامل فالقت جنيناً ميتاً فهو من جملة الورثة وذلك لأن الشرع أوجب على الضارب الغرة خمسمائة درهم ، ووجوب الضمان يتحقق بالجناية على الحى دون الميت فاذا حكم بحياته يرث ويورث عنه وقد قدمنا ذلك .

(المسألة الثالثة) مايتبع فى توريث الحمل والذين معه من الورثة الآخرين . لايخلو حال الحمل من أن يكون محجوبا بغيره أوحاجباً له أو مشاركا له فى الميراث ففى الحالة الأولى لا يلتفت اليه فلا يترك له شيء كما إذا توفى رجل عن بنت وأم حبلى من غير أبيه فان هذا الحمل اذا ولد يكون إما أخا لأم أو أختاً لأم وهو على كلا التقديرين محجوب ، وفى الحالة الثانية لا يعطى أحد من الذين معه شيئا بل توقف التركة كلها حتى اذا ولد الحمل أخذها وإذا نزل ميتاً أعطيت لغيره من الورثة فلو توفى رجل مسلم عن زوجة كتابية حبلى وعن أخوين لأم فان التركة توقف فان ولد الحمل حياً أخذها كلها سواء جاء ذكرا أم أنثى وكذلك الحكم إذا كان الحمل يحجب من معه من الورثة على تقدير كونه ذكراً فان التركة توقف أيضاً حتى يتبين حاله ، مثال ذلك ما إذا توفى رجل مسلم عن زوجة كتابية حبلى وأخت شقيقة وأخت لأم وبنت ابن فان جاء الحمل ذكراً كانت التركة كلها له وان جاء أنثى كان لها النصف ولبنت الابن السدس والباقي للاخت الشقيقة ، وفى الحالة الثالثة اما أن يشارك الورثة مطلقا

أو يشاركهم على أحد التقديرين مثال ذلك ماإذا توفى رجل عن زوجة وأم وبنت وزوجة ابن حبلى مات زوجها من قبل ففى هذه الحالة يرث الحمل مطلقا سواء فرضته ذكراً أم أنثى لأنه يكون إما ابن ابن أو بنت إبن . واذا توفيت امرأة عن أم وأختين شقيقتين وزوجة أب حبلى فان الحمل لو جاء ذكراً ورث الباقى بالتعصيب ولو جاء أنثى لا يرث شيئاً فى هذه الحالة ، وما اذا توفيت إمرأة عن زوج وأخوين لأم وأم حبلى من أبى المتوفاة فان الحمل يرث على تقديره أنثى وتعول المسألة ولا يرث على تقديره ذكراً

وعلى كل حال فانه يراعى ما هو الأصلح للحمل فيوقف له نصيبه على تقدير كونه وارثاً إذا كان لا يرث على التقدير الآخر ،فان كان يرث على كلا التقديرين فانه يوقف له خير النصيبين ، ويعطى الورثة الذين معه أقل النصيبين على كلا الفرضين إحتياطا حتى إذا تبين حال الحمل بعد ولادته أكمل لكل حقه اذا احتاج الأمر إلى ذلك ، ثم ان الورثة الذين تنقص أنصباؤهم على فرض تعدد الحمل يؤخذ منهم كفيل حتى إذا جاء الحمل متعددا وتبين أنهم أخذوا أكثر مما يستحقون رجع عليهم وعلى الكفيل بالزيادة أما الذين لا تنقص انصباؤهم بتعدد الحمل فلا يؤخذ منهم كفيل

وليعلم أن الذى يوقف من التركة إنما هو نصيب واحد فقط لأن تعدد الحمل نادر وهذا هو المفتى به وقد تدورك الأمر على إحتمال التعدد بأخذ الكفيل

والقاعدة فى مسائل الحمل أن التركة تقسم أولا باعتباره ذكرا ثم تقسم باعتباره أنثى ثم يوحد المقامان فى المسألتين ويقارن بين الأنصباء فى كل منهما فيعطى كل وارث من المسألتين أقل نصيبيه ويحفظ الباقى حتى يتبين الأمر فيأخذ كل ذى حق حقه .

ميراث المفقود (١)

ان كان من معه من الورثة يحجبون به لم يصرف لهم شيء بل يوقف المال كله حتى يتبين أمره وان كان لا يحجبهم حجب حرمان يعطى كل واحد منهم الأقل من نصيبيه على تقدير حياة المفقود وموته فاذا حكم بموته كان ماله لورثته الموجودين على قيد الحياة عند الحكم بموته ولا شيء لمن مات منهم قبل الحكم بذلك ، وما كان موقوفا لأجله من مال مورثه يرد الى ورثة مورثه الذين كانوا موجودين عند موت ذلك المورث . وان ظهر حياً استحق ما كان موقوفا لأجله من مال مورثه

ميراث الخنثى المشكل

الخنثى المشكل إنسان لم يعرف أهو ذكر أم أنثى اما لعدم العلامات الدالة على كل من الذكورة والانوثة واما لتشابه العلامات وعدم امكان الترجيح فان كان ميؤوسا من معرفة حاله عومل فى الميراث بأسوأ حاليه على فرض كونه ذكرا أو أنثى ولو ترتب على ذلك حرمانه من الارث أخذا بالاحتياط للورثة الذين معه فلو مات شخص عن ابن وخنثى اعتبر الخنثى بنتا واذا ماتت امرأة عن زوج وأم واخوين لام وخنثى شقيق اعتبر أخا شقيقا فلا يبقى له شيء من التركة واذا توفى رجل عن بنتين وولدا ابن خنثى اعتبر ذلك الخنثى بنتا ولا يكون له شيء من الميراث وهكذا . أما اذا كان يرجى زوال اشكاله بأن كان صغيرا فانه يعطى للورثة الذين معه أقل النصيبين على فرض ذكورة الخنثى وأنوثته ويوقف الباقى حتى يتبين أمر الخنثى ببلوغه فلو مات شخص عن بنت وخنثى

---

(١) تقدم تعريفه فيما تقدم وانظر كتابنا الاحوال الشخصية الاخير وكتابنا بحث المواريث المقارن

اعطيت البنت الثلث والخنثى الثلث ووقف الثلث الباقى فان ظهر الخنثى غلاما اخذ ذلك الثلث ليكمل له الثلثان وان ظهر انثى اقتسمه هو واخته فيكون لكل منهما النصف . وأما الخنثى غير المشكل فله نصيبه باعتباره ذكرا او انثى على حسب العلامات المرجحة له

والقاعدة التى تتبع فى توريث الخنثى المشكل هى أن يجعل للمسألة حلان حل على فرض كونه ذكرا وآخر على فرض كونه انثى و يعامل بأسوأ الحالين

ميراث الغرقى والهدمى والحرقى

اذا مات جماعة معا أو لم يعلم السابق بالموت منهم كالهدمى والغرقى والحرقى فلا يرث بعضهم بعضا لعدم المرجح بل يكون ميراث كل منهم لورثته الأحياء يقتسمونه بينهم

التخارج

هو أن يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شىء معلوم من التركة أو غيرها وهو جائز عند التراضى ، وهو فى الحقيقة عقد معاوضة مالية فمن صالح على نصيبه من التركة وأريد معرفة ما يستحقه باقى الورثة المستحقين بعده بالفعل وقت وفاة المورث بعد خروجه من التركة فان الميراث يقسم عليهم ومن ضمنهم ذلك الذى اتفقوا على خروجه وذلك لمعرفة سهام الباقين ثم تقسم التركة أو الباقى منها على الباقين من الورثة بنسبة سهامهم . فاذا ماتت امرأة وتركت زوجا وأما وعما لأب فالمسألة من ستة : النصف للزوج والثلث للأم والباقى للعم فاذا صالح الزوج عن نصيبه على ما فى ذمته للزوجة من المهر فان باقى التركة وهو ما عدا المهر يقسم بين الأم والعم أثلاثا للأم

الثلثان وللعم الثلث ، واذا أخرج العم نفسه قسمت التركة أو باقيها بين الزوج والأم أخماسا ، للزوج ثلاثة أخماسها وللأم الخمسان ، واذا أخرجت الأم نفسها قسمت التركة أو باقيها على الزوج والعم أرباعا للزوج ثلاثة أرباعها وللعم الربع وهكذا . أما فى مثل أم وزوج وأخت لأم وعم شقيق فالميراث كله للأم (الثلث) والزوج (النصف) والأخت لأم (السدس) وأما العم فلم يبق له شيء فاذا حصل عقد التخارج بين الورثة الثلاثة المذكورين على شيء لأحدهم وترك نصيبه للآخرين فى مقابلة ذلك فليس للعم أن يدخل معهم لأنه لم يكن وارثا وقت الوفاة(١)

(تنبيه) من ضمن المسائل التى تذكر فى الميراث نوعان : أولهما الوصية للأجنبي بأكثر من الثلث أو الوصية للوارث ويطلب معرفة نصيب كل واحد من الورثة على فرض اجازتهم جميعا أو عدم اجازتهم أو اجازة البعض وعدم اجازة البعض الآخر . وطريقة الحل فى الصورتين الاولى والثانية واضحة وأما فى الثالثة فان المسألة تحل حلين أحدهما على فرض اجازة الورثة جميعا وثانيهما على فرض عدم اجازتهم جميعا ثم يعامل من أجاز باعتبار الحل الاول ومن لم يجز باعتبار الحل الثانى ويكون للموصى له الباقى ولا بد من توحيد المقامات فى المسألتين

وثانيهما أن يوصى لشخص بمثل نصيب بعض الورثة كأن يوصى له بمثل نصيب ابن واحد أو بنت مثلا وفى هذه الحالة يبين فرض كل وارث بصرف النظر عن الموصى له ويكون البيان بكسور اعتيادية ثم يوضع تحت الموصى

---

(١) فالمراد بالورثة اذاً هم الذين استحقوا الميراث بالفعل وقت وفاة المورث كما لايخفى ، وهذا على وضوحه قد التبس على بعض المشتغلين بتدريس الفقه فى أكبر المدارس الشرعية فليتنبه الى هذا

له كسر مساو لكسر الوارث الذى أوصى له بمثل نصيبه ويراعى فى ذلك حالة العول والرد وليس من الصعب وضع أمثلة لذلك وحلها بعد البيان المتقدم

توريث ذوى الأرحام

المراد بذى الرحم كل ذى قرابة ليس صاحب فرض ولا عاصبا، وهو يحوز كل التركة عند عدم أصحاب الفروض والعصبات جميعا، ويحوز ما يتبقى منها مع أحد الزوجين. فاذا توفى شخص عن ابن ابنته أو عن أبى أمه أو عن بنت اخته أو عن عمته أو خالته أو بنت خاله فقط فتركته كلها لابن بنته فى المثال الأول ولأبى أمه فى الثانى الخ. فان كان مع أحد هؤلاء زوج فللزوج فرضه وهو النصف ولذى الرحم النصف الباقى: وان كان بدل الزوج زوجة فلها الربع ولذى الرحم ثلاثة الأرباع

وذوو الأرحام من حيث الجهات كالعصبات النسبية. جهة فروع الشخص وجهة أصوله وجهة فروع أبويه وجهة فروع أجداده وجداته فهم أربعة أصناف

الصنف الأول: أولاد البنات ذكوراً واناثاً وأولاد بنات الابن وان نزلن كذلك. كابن بنت وبنت بنت ابن وهكذا من سائر الفروع غير العصبات وغير أصحاب الفروض

الصنف الثانى. أصول الشخص غير العصبات وغير أصحاب الفروض مهما علوا يسمون بالاجداد والجدات الساقطين مثل أبى أم وأبى أم أب وأبى أم أم وأم أبى أم وأم أبى أم أم وهكذا

الصنف الثالث.. أولاد الاخوات مطلقا ذكوراً واناثاً وبنات الأخ الشقيق والأخ لأب وأولاد الأخ لأم مطلقا وفروع هؤلاء كذلك. مثل ابن أخت شقيقة. ابن أخت لأب. بنت أخت شقيقة. بنت أخت لأب. ابن أخت

لأم .بنت. أخت لأم . بنت أخ شقيق . بنت أخ لأب . ابن أخ لأم . بنت أخ لأم وفروع هؤلاء جميعا غير العصابات

الصنف الرابع . العمات مطلقا أي سواء كن لأب وأم أو لأب فقط أو لأم فقط والعم لأم والأخوال والخالات مطلقا . فالصنف الرابع محصور فى عشرة نفر لا غير

ويلى الصنف الرابع — فروع هؤلاء العشرة وإن نزلوا وبنات العم الشقيق وبنات العم لأب وفروعهما مطلقا وفروع أبناء العم الشقيق والعم لاب غير العصبات

ثم يليهم عمومة أبوى الميت وخؤولتهما وعمومة أبوى أبويه وخؤولتهما وهكذا من غير العصبات فانهم جميعا من ذوى الارحام ولو بعدت درجتهم لكنهم على كل حال من الجهة الرابعة فهم من ملحقات الصنف الرابع ، وكذلك الشأن فيمن يقابلهم من العصبات فالكل محصور فى أربع جهات لا غير

واستحقاق ذوى الأرحام للميراث على القول الذى عليه الفتوى بصرف النظر عن الخلافات يكون هكذا

الصنف الأول يحجب كلا من الصنف الثانى والثالث والرابع فاذا وجد واحد من الصنف الأول كان له كل الميراث ولا يبالى بمن يوجد معه من أى صنف من الأصناف الثلاثة كابن بنت وأبى أم أو ابن بنت وبنت أخ شقيق أو ابن بنت وعمة شقيقة فالميراث كله فى هذه الصور لابن البنت ، وكذا لو كان مكانه بنت بنت أو بنت ابن بنت وهكذا ، والنصف الثانى يحجب كلا من الثالث والرابع ، والثالث يحجب الرابع على النحو المتقدم فى التعصيب

ثم ان وجد فى النصف الواحد اثنان فأكثر واختلفت درجتهما بالنسبة

للميت فالميراث كله لاقربهما درجة ، مثل بنت بنت مع ابن بنت ابن وأبي أم مع أم أبي أم ، وبنت أخت لأم مع ابن ابن أخت لاب ، وبنت خال لأم مع ابن ابن عمة شقيقة . فالميراث كله لبنت البنت فى المثال الاول ولابى الام فى الثانى ولبنت الاخت لام فى الثالث ولبنت الخال فى الرابع ، وذلك ترجيحا لقرب الدرجة . أما اذا اتحدت درجة ذوى الارحام بالنسبة للميت مع ملاحظة اتحاد الصنف فالتوريث يكون على ما سيأتى

توريث الصنف الأول عند استواء درجات الورثة

(١) بعضهم ولد وارث وبعضهم ليس بولد وارث مثل بنت بنت الابن وابن بنت البنت . وفى هذه الحالة يقدم ولد الوارث على غيره فيعطى هو الميراث فان كان واحدا كان له كل التركة وان كان متعددا فكيفية التقسيم على ما يأتى:

(٢) كلهم ولد وارث ، أو كلهم ليسوا ولد وارث ، وفى هاتين الحالتين يرثون جميعا ، وكيفية التقسيم عند استحقاق الجميع هى أن ينظر فى صفة الاصول فى الذكورة والانوثة فاما أن تتفق الصفة كبنت بنت ابن مع ابن بنت ابن وكابن بنت بنت مع بنت بنت بنت وفى هذه الحالة تقسم التركة على أبدان الفروع للذكر مثل حظ الأنثيين . واما أن تختلف صفة الأصول فى بطن أو أكثر . وفى هذه الحالة اما أن تتوحد الفروع أو تتعدد وعلى كل إما أن يكون فى الفروع ذو جهتين أولا

(ا) فان توحدت وليس فيهم ذو جهتين مثل بنت ابن بنت وابن بنت بنت قسمت التركة على أول بطن اختلف وهو هنا البطن الثانى ويجعل ما أصاب كل أصل لفرعه إن لم يقع بعده اختلاف كالمثال السابق ؛ وعلى ذلك يكون لبنت ابن البنت الثلثان ولابن بنت البنت الثلث

وأما اذا وقع اختلاف بالذكورة والأنوثة فى بطن آخر أو أكثر فانه بعد مايقسم على أول بطن حصل فيه الخلاف تجعل الذكور طائفة والاناث طائفة ويقسم نصيب كل طائفة على أعلى الخلاف الذى وقع فيها ان وجد خلاف وإلا قسم ماخص كل طائفة من الميراث على فروعها باعتبار صفاتهم فى الذكورة والأنوثة وهكذا

(ب) وان تعددت فروع الأصول المختلفين كلهم أو بعضهم وليس فيهم ذو جهتين وذلك كابنى بنت بنت بنت وبنت ابن بنت بنت وبنتى بنت ابن بنت فاننا نجعل فى هذه الحالة كل أصل باقيا على صفته لكنه متعدد بتعدد فرعه ثم نقسم على أول بطن حصل فيه الخلاف اسباعا وهو هنا البطن الثانى وذلك لأن البنت الأولى فى البطن الثانى تعتبر بنتين باعتبار فروعها ، والبنت الثانية فيه على حالها والابن فيه كابنين وهو كأربع بنات فله أربعة أسباع وللبنتين ثلاثة أسباع ، ثم نجعل الذكور طائفة والاناث طائفة أخرى فنعطى أربعة أسباع الابن لبنتى بنته وثلاثة أسباع البنتين لولديهما وهما البنت والابن فى البطن الثالث على السواء بينهما لأن البنت كبنتين لتعدد فروعها فقد ساوت الابن وصارت معه كأربعة رءوس . وعلى ذلك تصح المسألة من ثمانية وعشرين فيعطى لابنى بنت بنت البنت ٦ لكل واحد منهما ٣ ويعطى لبنت ابن بنت البنت ٦ ويعطى لبنتى بنت ابن البنت ١٦ لكل واحدة منهما ٨

(ح) وان كان فى الفروع ذو جهتين كبنتى بنت بنت هما أيضا بنتا ابن بنت ومعهما ابن بنت بنت . ففى هذه الحالة تعتبر الجهات فى أول بطن حصل الخلاف فيه مع أخذ العدد من الفرع كما مر فيقسم على البطن الثانى وفيه ابن يعتبر ابنين وبنت تعتبر بنتين تبعا لفروعها ومعهما بنت منفردة فيصير المجموع كسبع بنات ويكون للابن أربعة أسهم وللبنت الأولى سهمان وللبنت المنفردة

سهم فاذا جعلنا الذكور فى هذا البطن طائفة والاناث طائفة وصححنا المسالة فانه يخص البنتين فى البطن الثالث ٢٢ سهما لكل منهما ١١ سهما ويخص الابن ٦ أسهم وطريقة العمل تفهم مما تقدم :

توريث الصنف الثانى عند استواء درجات الورثة

(١) اذا كان الورثة جميعاً من حيز واحد أى من جهة الأب أو من جهة الأم فقط فانهم يشتركون جميعا فى الميرات بدون تفصيل لمن يدلى بوارث على غيره وقد عللوا ذلك بأن ترجيح من يدلى بوارث من هؤلاء على غيره يجعل الأصل تابعاً لفروعه فتنعكس القضية بخلاف الصنف الأول

(٢) واذا كان بعضهم من جهة الأب وبعضهم من جهة الأم فلقرابة الاب الثلثان ولقرابة الام الثلث . كأنه مات عن أب وأم

ونتبع فى القسمة على المستحقين من هؤلاء مثل ما اتبع فى الصنف الأول فان اتحدت صفة من يدلون به كأب أب أم الاب مع أم أب أم الاب فالقسمة على أبدان المستحقين للذكر ضعف الانثى ؛ وان اختلفت الصفة مثل أب أم أب أب أب مع أب أم أم أم أب فانه يقسم على أول بطن حصل فيه الخلاف كما فى الصنف الاول

(تنبيه) ذوو الارحام فى الاجداد والجدات هم الجد الذى يدلى بأم والجدة التى تدلى بهذا الجد وقد نبهنا الى هذا فى بيان فرض الاجداد والجدات فلا تسه عنه

توريث الصنف الثالث عند استواء درجات الورثة

(١) ان كان بعضهم ولد وارث (أى عاصب) وبعضهم ولد ذى رحم قدم ولد الوارث وكان أولى بالميراث كبنت ابن اخ وابن بنت أخت كلاهما لأبوين

أو كلاهما لأب ، أو أحدهما لأبوين والآخر لأب ، فالميراث في هذه الصورة لبنت ابن الاخ ، وان كان لأب لأنها بنت عاصب ، وليس لابن بنت الاخت شيء معه وإن كانت شقيقة لأن أمه من ذوى الارحام ، فالشأن هنا كما في الصنف الاول ، وينبغى أن يلاحظ هنا أن هذه الصورة لا يمكن أن تكون في الدرجة الثانية أصلا لأن أهل هذه الدرجة هم دائما أولاد ورثة فاما أولاد عصبة كبنت أخ شقيق وبنت اخ لأب واما أولاد أصحاب فروض كبنت أو ابن اخ لأم أو أخت لام أو أخت شقيقة أو أخت لأب ، وليس وراء هؤلاء أحد في الدرجة الثانية . ويستحيل أن يوجد ولد ذى فرض في الدرجة الثالثة وما بعدها بل الموجود اما ولد عاصب واما ولد ذى رحم كما لا يخفى . وليس يحتاج الامر الى التنبيه بأن أبناء الاخوة الاشقاء والاخوة لاب الذين يرثون بالتعصيب قد يوجدون في كل درجة من الثانية فما بعدها وعند وجود واحد من هؤلاء فلا ميراث لغيره من ذوى الارحام في أية درجة كان وذلك لان العاصب مهما بعدت درجته مقدم على ذى الرحم مهما قربت درجته كما اسلفنا

(٢) وان كانوا كلهم ولد صاحب فرض كابن أخ لام وبنت اخت لام وابن أخت شقيقة وابن أخت لاب ، أو كلهم ولد عاصب كبنت ابن اخ شقيق مع بنتى ابن اخ شقيق آخر ، أو بعضهم ولد عاصب ، وبعضهم ولد ذى فرض كبنت أخ لاب مع ابن اخ لام ، أو كلهم ولد ذى رحم كابن بنت أخ لاب وبنت ابن أخ لام وابن ابن اخت شقيقة ، ففى هذه الاحوال الاربعة يقسم المال على الاصول أى الاخوة والاخوات مع اعتبار عدد الفروع والجهات في الاصول كما هو الشأن في الصنف الأول فما أصاب كل فريق يقسم بين فروعهم . وعلى ذلك ففي المثال الأول هنا يكون لولدى الاخ والاخت لأم الثلث لكل منهما السدس بدون تفضيل للذكر على الانثى كما هو الشأن في أصولهم . ولابن الأخت الشقيقة النصف ولابن الاخت

لأب السدس . وفى المثال الثانى تعطى بنت الأول الثلث وبنتا الثانى الثلثين لأن أباهما اعتبر كاثنين لتعدد فروعه . وفى المثال الثالث يكون لأبن الاخ لأم السدس فرض أبيه ولبنت الاخ لأب الباقى وهو خمسة الأسداس نصيب أبيها. وفى المثال الرابع يعطى ابن ابن الاخت الشقيقة النصف وبنت ابن الاخ لأم السدس وابن بنت الأخ لاب الباقى وهو الثلث . واذا توفى شخص عن ابنى بنت أخت لاب وهما أيضا ابنا ابن أخ لام ومعهما بنت بنت أخت شقيقة كان للأخيرة النصف فرضا وللاولين النصف الثانى الثلث عن أبيهما والسدس عن أمهما وهكذا

تنبيه مهم جداً :

فى الصنف الثالث لا يجعل الذكور طائفة والأناث طائفة على النحو الذى تقدم فى الصنف الأول لوجود فارق بين الصنفين . ففى الأول لا اختلاف بين أنصباء الذكور ولا بين أنصباء الأناث وأما هنا فأنصباء كل من الفريقين متفاوتة وقد يكون بعضهم محجوبا فليس بينهم استواء كاولئك (أنظر السراجية وشرحها وتقرير الرافعى على رد المحتار) ثم أقول : مفهوم هذا التعليل أنه عند اتحاد الصفة والاستحقاق فى الأصول تتبع الطريقة التى اتبعت فى الصنف الأول كما فى هذا المثال : ابن بنت أخت شقيقة وبنت ابن أخت شقيقة فثلث التركة للاول والثلثان للاخير تبعا لأصولهما قياسا على الصنف الأول كما هو الظاهر

توريث الصنف الرابع

هذا الصنف محصور فى عشرة من الورثة كما قدمنا ، فالدرجة فيه واحدة لا تتعدد .

(١) ان اتحد حيز قرابتهم بأن كانوا جميعا من جهة الاب أو كانوا جميعاً

من جهة الام فانه يقدم الاقوى قرابة ولو كان أنثى فيقدم من كان لابوين على من كان لاب ومن لاب على من هو لام . فان اتحدت قوة القرابة قسم الميراث على المستحقين للذكر ضعف الانثى كعم لام مع عمة لام وكخال لاب مع خالتين لاب

(٢) وان اختلف حيز القرابة أعطى لقرابة الاب الثلثان ولقرابة الام الثلث كعمة شقيقة وخالة لام فللعمة الثلثان وللخالة الثلث .

واعلم أنه لا يقدم الاقوى فى جهة على غيره من جهة أخرى ، وإنما يقدم أقوى كل جهة على غيره فيها فلا تقدم العمة الشقيقة على الخالة لام بل تقدم على العمة لاب والعمة والعم لام ، ولا يقدم الخال الشقيق على العمة لام بل يقدم على الخال لاب او لام . وكذلك الشأن فى اولاد هؤلاء كما سيأتى

توريث أولاد الصنف الرابع

وهم اولاد العشرة المذكورين آنفاً وفروعهم وكذا بنات الاعمام العصبة العم الشقيق والعم لاب وفروع هؤلاء . واولاهم بالميراث أقربهم درجة من اى جهة كان كما فى سائر الاصناف فبنت الخالة لام اولى بالميراث كله من بنت ابن العم لاب وابن ابن العمة الشقيقة وابن ابن الخال الشقيق وهكذا فان اتحدت الدرجة فاما ان يكونوا كلهم فى حيز واحد أولا .

(١) فان اتحد حيز قرابتهم فاما ان يكونوا كلهم ولد عصبة كبنت ابن عم شقيق مع ثلاث بنات ابن عم لاب ، او كلهم اولاد رحم كبنت خالة لاب مع ابنى خال لأم . ففى هاتين الحالتين يقدم الاقوى قرابة فمن اصله الابوين أولى ممن هو لأب ومن هو لأب أولى ممن هو لأم . وعلى ذلك تقدم بنت ابن العم الشقيق على بنات ابن العم لأب . وتقدم بنت الخالة لأب على ابن الخال لأم . فان

اتحدت القوة اشتركوا فى الميراث لعدم المرجح للذكر ضعف الأنثى كابن خال شقيق مع بنت خال شقيق .

واما أن يكونوا خليطاً بعضهم ولد عصبة وبعضهم ولد رحم ، ولا يكون هذا إلا فى قرابة الأب كما لا يخفى كبنت عم لأب وبنت عمة شقيقة وكبنت عم شقيق وابن عمة شقيقة . وفى هذه الحالة يقدم ولد العصبة عند اتحاد قوة القرابة فتقدم بنت العم الشقيق على ابن العمة الشقيقة (قولا واحداً) فان كان ولد ذى الرحم أقوى قرابة من ولد العاصب كبنت العمة الشقيقة مع بنت العم لأب فالميراث لولد ذى الرحم ترجيحا لقوة قرابته وقيل يرجح ولد العاصب [1]

وان اختلف حيز القرابة فالثلثان لمن يدلى بقرابة الأب والثلث لمن يدلى بقرابة الأم ثم يتبع فى الترجيح عند تعدد الورثة فى كل حيز ما تقدم من قوة القرابة . ولا ترجيح بين حيز وآخر كما تقدم . ويتبع فى قسمة الميراث على كل فريق عند التعدد ما اتبع فى الصنف الاول من القسمة على أول بطن اختلف مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الاصول .

(تنبيه) . اذا لم يوجد أحد من عمومة الميت وخؤولته وأولادهم كان الميراث لعمومة وخؤلة آباء الميت ثم لاولادهم فان لم يوجدوا أيضا انتقل الحكم الى عمومة أبوى ابوى الميت وخؤلتهم ثم الى أولادهم وهكذا الى مالا نهاية [2]

---

(١) ولبعض العلماء رسالة وافية ببحث هذه المسألة ; ومسألة أخرى خلافية فى هذا الموضوع أيضا .

(٢) قد يتراءى أن أقارب المتوفى العصبات لا ينقطعون لأن الناس كلهم أولاد أب واحد فهم مرتبطون بعضهم ببعض حتما . فكيف مع هذا يتصور توريث ذوى الأرحام ؟ أقول ان توريث ذوى الارحام مبنى على عدم العلم بالوارث

واذا اجتمع قرابتان لأب وقرابتان لأم كعم الأب وخالته وعمة الأم وخالتها فالثلثان لقرابتى الأب والثلث لقرابتى الأم ثم ما أصاب قرابتى الأب يقسم أثلاثا ثلثاه لقرابته من جهة أبيه وثلثه لقرابته من جهة أمه. وما أصاب قرابتى الأم كذلك

مختصر فى الوقف وأحكامه

الوقف لغة الحبس تقول وقفت الدابة إذا حبستها فى مكانها ، وأوقفتها لغة رديئة ، وقد اشتهر اطلاق الوقف على الموقوف فجمع على أوقاف. ومعناه شرعا على قول أبى حنيفة رضي الله عنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها فهو عنده بمنزلة العارية ولم يجعله عارية حقيقة لأنه لا يسلم إلى المستوفى للمنفعة بل يسلمه إلى المتولى أو يجعله فى يده ويصرف المنفعة إلى من أراد ، وأما العارية فتسلم إلى من يستوفى منفعتها ، ووجه الشبه بينه وبين العارية بقاء العين فى كل على ملك صاحبها فيتصرف فيها جميع التصرفات التى يتصرفها كل مالك فى ملكه وتورث عنه اذا مات ويرجع عن الوقف متى شاء

ولا يلزم الوقف عند أبى حنيفة إلا اذا حكم به القاضى بدعوى صحيحة . فحينئذ يلزم لكونه مجتهدا فيه ، والا إذا خرج مخرج الوصية كأن يقول أرضى الفلانية موقوفة بعد موتى على جهة كذا ، ثم على الفقراء . وحينئذ تطبق عليه أحكام الوصية وشرائطها ، ومتى توافرت فيه الشروط ولم يرجع عنه حال حياته كان لازماً بعد موته فيلزم ورثته التصدق بمنافعه مؤبدا ولا يمكنهم أن يملكوه بعده لتأبد الوصية فيه لعدم انقطاع الفقراء . وهذا كله فى غير المسجد عنده فانه يقول بلزوم وقفه .

العاصب أو وجود مانع شرعى يمنعه من الميراث ، وإلا فلكل انسان قريب عاصب قد يكون بينهما ألف درجة (مثلا) فليتنبه لهذا ورحم الله القائل :

الناس من جهة الانساب أكفاء أبوهم آدم والأم حواء

وعلى قول أبي يوسف ومحمد هو حبس العين عن التمليك والتصدق بالمنفعة فلا تباع العين بعد وقفها ، وأما بيعها للاستبدال أو لأجل وفاء الدين فلأمر عارض ولأن الوقف مع الاستبدال باق ولكن العين الموقوفة هي التي تغيرت ، ولا ترهن ولا تورث . لكنهما اختلفا بعد ذلك فقال أبو يوسف يزول ملك الواقف بمجرد القول قياساً على الاعتاق بجامع إسقاط الملك في كل . وقال محمد لا يلزم الوقف إلا بالتسليم الى المتولى قياساً على الصدقة المنفذة بجامع التبرع في كل . والفتوى على قول أبي يوسف لما فيه من توسيع دائرة الوقف وتسهيل عمل الخير على الناس .

دليل أبي حنيفة على عدم لزوم الوقف إلا في المسجد ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : لما نزلت سورة النساء سمعت رسول الله ﷺ يقول لا حبس عن فرائض الله . وعن شريح رحمه الله أنه قال : لما نزلت سورة النساء جاء محمد ببيع الحبيس . ولأن الوقف عقد على منفعة معدومة فيكون جائزا غير لازم بمنزلة العارية على الصحيح أو غير جائز أصلا على ما ذهب اليه بعض المشايخ [1] .

والدليل على أنه باق على حكم ملك الواقف بعد الوقف أنه لو قال تصدقوا على فلان فاذا مات فعلى أولاد فلان يفعل كما قال ، وأنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وان ولاية المتصرف فيه اليه ولأنه لا يمكن أن يزول ملكه عنه لا إلى مالك مع بقاء عينه لأن ذلك غير مشروع إذ يصير حينئذ كالسائبة ، ولا وجه لقياسه على الاعتاق لأن الاعتاق اتلاف للمالية وارجاع للشيء إلى أصله إذ الأصل في بني آدم الحرية ؛ وأما الأموال فانها خلقت لتملك وينتفع بها . وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به

---

(١) انظر كتابنا التزام التبرعات

ودليل الصاحبين تضافر الأحاديث والآثار على لزوم الوقف وقد صح قوله ﷺ لايباع ولا يورث ؛ واستمر عمل الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك ولأن الحاجة ماسة الى أن يلزم الوقف ليصل ثوابه الى الواقف على الدوام ونظروا لذلك بالمسجد . وأجيب عن أدلة أبي حنيفة بأن الحبس عن فرائض الله محمول على منع أصحاب الفرائض عن فروضهم التي فرضها الله لهم فى سورة النساء بعد الموت لأنهم كانوا قبل نزولها يحرمون الاناث من الميراث ويورثون بالمؤاخاة والمولاة مع وجودهن وقول شريح محمول على حبس الجاهلية مثل السائبة والبحيرة والحامى[1] عملا بما هو صريح اللفظ متواتر المعنى من الاحاديث والآثار التى لاتحصى وحملا للمحتمل على مالا احتمال فيه توفيقا بين الادلة وبهذا تضاءلت الأدلة العقلية لأبي حنيفة .

والوقف بعد لزومه لايدخل فى ملك الموقوف عليه اتفاقا لأنه لو دخل فى ملكه جازله أن يتصرف فيه تصرف المالك ولما انتقل عنه الاستحقاق الى غيره بالشرط (وانظر كتابنا التزام التبرعات)

---

(١) كان أهل الجاهلية اذا نتجت الناقة خمسة ابطن آخرها ذكر بحروا اذنها أى شقوها وأخلوا سبيلها فلا تركب ولا تحلب ، فهذه هي البحيرة . وكان الرجل منهم يقول ان شفيت فناقتى سائبة ويجعلها كالبحيرة فى تحريم الانتفاع بها فهذه هى السائبة . واذا نتج من صلب الفحل عشرة أبطن حرموا ظهره ولم يمنعوه من ماء ولا مرعي ، وقالوا قد حمي ظهره فهذا هو الحامي لانه حمي نفسه

شرائط الوقف

مايشترط وجوده فى الواقف

يشترط فى الواقف أن يكون من أهل التبرع أى حراً بالغا عاقلا فوقف كل من الصبى مميزاً أو غير مميزوا والمجنون والمعتوه باطل لعدم الأهلية للتبرع والاسقاط : غير محجور عليه لسفه أودين غير أن وقف السفيه إن كان على نفسه ومن بعده على غيره فهو صحيح على مااستظهره فى الفتح والبحر لانتفاء الضرر وهو نظير وصية السفيه بثلث ماله فى سبيل الخير فانها جائزة استحساناً والمدين المحجور عليه وقفه غير نافذ فيما أحاط به الدين ، وإن كان مديناغير محجور عليه فوقفه نافذ لازم على المذهب قولا واحداً لكن على ماأفتى به المولى أبو السعود يكون قابلا للنقض ببيعه كله أو بعضه وفاء لحق الدائنين اذا لم يوجد عنده مايفى بالدين غير الوقف . وقد وفيت هذا الموضوع حقه من البحث فى كتابى التزام التبرعات . وأماإذا استدان الواقف بعدالوقف فلا تأثير لهذاالدين فى الوقف الا اذا اشترط الوفاء من غلته فانه يعمل بشرطه ووقف المريض مرض الموت صحيح ولكنه يجرى مجرى الوصية ، وجملةالقول فيه أنه ان كان مديناً ديناً مستغرقا لجميع تركته بعد موته فوقفه غير نافذ الا باجازة الغرماء سواء أكان الموقوف أقل من الثلث أم مساوياً له أم أكثر .

وان كان الدين غير مستغرق للتركة نخرج منها أولا مقدارا الدين ، ونحكم على الباقى حكمناعلى التركة عندما تكون خالية عن الدين ؛ وان كان غير مدين وكان الموقوف عليه اجنبيا فان كان الوقف لا يزيد على الثلث نفذ بدون توقف على اجازة الورثة ؛ وان كان أكثرمن الثلث توقف الزائد على اجازتهم ؛ وان كان الوقف على بعض الورثة ومن بعدهم على أولادهم

ثم على الفقراء مثلا فان كان الموقوف يخرج من الثلث نفذ الوقف وتوقف العمل بشرط الواقف فى توزيع الغلة على اجازة بقية الورثة ، فاذا أجازوه تقسم غلته على الموقوف عليهم كنص الواقف ، وان لم يجيزوا قسمت الغلة بين الموقوف عليهم وبين باقى الورثة على قدر ميراثهم من الواقف ، وكل من مات منهم عن ورثة ينتقل سهمه الى ورثته ما دام أحد من الموقوف عليهم حياً . فاذا انقرض الموقوف عليهم صرفت الغلة جميعها الى من جعلها الواقف لهم بعد الورثة الموقوف عليهم ، ولا يعطى الورثة غير الموقوف عليهم شيئا من ريع الوقف . واذا كان الموقوف أكثر من الثلث ولم تجز الورثة حكمنا على ما يخرج من الثلث بالحكم المتقدم ، وأما الزائد عليه فيقسم بين جميع الورثة قسمة تملك واختصاص فان أجاز البعض نفذ بقدر حصته .

فاذا وقف شخص فى مرض موته جميع أملاكه على أولاده وأولادهم ما تناسلوا فاذا انقرضوا فللفقراء ثم مات فى مرضه وخلف بنتين وأختاً لأب والأخت لا ترضى بهذا الوقف وكذا البنتان جاز الوقف فى الثلث ولم يجز فى الثلثين بالنسبة لها ولهما وحينئذ يقسم الثلثان بين الورثة قسمة تملك واختصاص ويقسم ريع الثلث بين الورثة كلهم على قدر سهامهم مدة حياة البنتين فتأخذ كل منهن الثلث ، فاذا توفيت البنتان صرفت الغلة الى أولادهما وأولاد أولادهما كما اشترط الواقف ولا تأخذ الأخت حينئذ شيئا من الغلة لأنها إنما كانت تأخذ من قبل منعاً لايثار بعض الورثة على بعض وأما الآن فالمستحقون للريع ليسوا ورثة فلا إيثار فلا أخذ ، ولو وقف على أولاده وأولاد أولاده ونسلهم أبدا ثم على المساكين وتوفى عن أولاد وأولاد أولاد وزوجة وأب وأم وكان الموقوف يخرج من الثلث فان أجازت الورثة كانت الغلة بين الموقوف عليهم على حسب نص الواقف وان لم تجز قسمت

الغلة على أولاده لصلبه وعلى أولاد أولاده فما أصاب أولاد أولاده يعطونه خاصة ويقسم بينهم كنص الواقف وما أصاب أولاد الصلب يعطى منه للزوجة الثمن وللأب السدس ومثله للأم ويقسم الباقى بين أولاد الواقف لصلبه للذكر مثل حظ الانثيين وان خالف ذلك شرط الواقف ، وتستمر القسمة على هذا ما بقى أحد من أولاد الصلب موجوداً ، فاذا انقرضوا صرفت الغلة كلها لاولاد أولاده على حسب نص الواقف ولا يعطى شىء لزوجته وأبويه وقد تقدم وجه ذلك .

ويظهر مما تقدم أن حكم الوقف فى مرض الموت يخالف حكم الوصية بعض المخالفة .

والفرق بينهما أن الوصية فيها تمليك رقبة الموصى به لبعض الورثة ، فلا تنفذ إلا باجازة الباقى عملا بالنص ، وأما الوقف فليس فيه تمليك الرقبة للوارث ولا لغيره بل تمليك المنفعة ولا تتمحض للوارث بل هى له فى الحال ولغيره فى الحال والمآل أو فى المآل فقط فاعتبر الغير بالنظر الى الثلث واعتبر الوارث بالنظر الى غلة الثلث الذى صار وقفاً ، فلا يتبع الشرط ما دام الوارث حياً بل تقسم غلة هذا الثلث بين الورثة جميعهم على فرائض الله تعالى . فاذا انقرض الوارث الموقوف عليه عمل بشرط الواقف فى غلة الثلث لانتفاء المانع كما تقدم . ويقال مثل هذا فيما إذا كانت الوصية بالمنفعة

ما يشترط فى صيغة الوقف

يشترط فى الصيغة ان تكون منجزة لا معلقة لما فى الوقف من معنى التمليك وهو لا يقبل التعليق . واما اضافتها فان كانت الى ما بعد الموت اعتبر الوقف وصية ، وإلا فالوقف صحيح على الصحيح . فان قال ارضى

موقوفة غداً ثم جاء الغد صارت أرضه وقفا واما اذا قال ان جاء غد فارضى موقوفة ثم جاء الغد لا تصير ارضه وقفا فهذا فرق بين الاضافة والتعليق فى الحكم (١) والتوقيت فى الصيغة يبطل الوقف إلا فى رواية عن أبى يوسف وهو جائز فى مذهب الامام مالك (٢) واذا صاحب الصيغة خيار شرط بطل على قول محمد الوقف وجاز على قول أبى يوسف إن كانت مدة الخيار معلومة . وهذا فى غير المسجد امافيه فيصح الوقف ويلغى الشرط . واما اشتراط التأبيد فحاصل ماقيل فيه أنه إذا ذكر التأبيد لفظاً ومعنى أو معنى فقط فالوقف صحيح اتفاقا وان ذكر الواقف جهة تنقطع كأن قال جعلت أرضى صدقة موقوفة على ولدى واقتصر على ذلك فالوقف غير صحيح على مذهب محمد وهو المفتى به لأن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وهذا يستلزم التأبيد فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر على الوقف مقتضاه وقال أبو يوسف ان الوقف صحيح . ثم اختلفت الرواية عنه فيما إذا انقطعت الجهة الموقوف عليها فروى عنه أن مصرفه حينئذ يكون الفقراء، وروى عنه أيضا أنه يعود إلى الواقف لو كان حيا وإلى ورثته لو كان ميتا ووجهه ان المقصود من الوقف التقرب إلى الله تعالى والتقرب تارة يكون إلى جهة تنقطع وتارة إلى جهة لا تنقطع فيصح فى الوجهين . ووجه الرواية القائلة بأنه يصرف بعد الجهة المنقطعة للفقراء ان الوقف منبىء عن التأبيد فاذا انقطعت الجهة صرفت الغلة إلى مصرف الصدقات وهم الفقراء (٣)

---

(١) أنظر كتابنا العقود والشروط والخيارات وكتابنا التزام التبرعات .

(٢) انظر كتابنا التزام التبرعات .

(٣) أنظر كتابنا التزام التبرعات

الشروط التي يلزم وجودها في الموقوف

يشترط في الموقوف أن يكون مالا متقوما معلوما مملوكا للواقف وقت الوقف فان كان مجهولا بأن قال وقفت جزءا من مالي أو لم يكن مملوكا له وقت الوقف ولو دخل في ملكه بعد ذلك ، فالوقف غير صحيح . ويتفرع على هذا الشرط أن وقف الاقطاعات ، ووقف أرض الحوز غير جائز لأنها ليست مملوكة لمن وقفها . فالاقطاعات هي الأراضي التي أعطاها ولي الأمر لأناس مخصوصين لينتفعوا بها مع بقاء ملكية الرقبة لبيت المال . فلو كانت الأرض مملوكة للامام وأقطعها لشخص جاز لذلك الشخص وقفها لانها في هذه الحالة ملك له بخلاف الحالة الاولى . وأرض الحوز هي التي عجز أصحابها عن زرعها أو أداء خراجها فتركوها لولي الأمر لتكون منفعتها عوضا عن الخراج المقرر ورقبتها باقية على ملك أربابها فاذا وقفها الامام كان وقفه غير صحيح لانه غير مالك لها

ولنذكر هنا وقف المشاع والمنقول

المشاع اما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها ففيما يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه إلا المسجد والمقبرة ، ومنعه محمد مطلقا . وفيما لا يحتمل القسمة اتفقا على اجازة وقفه إلا المسجد والمقبرة . فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أي سواء كان مما يحتمل القسمة أم لا . ووجه ذلك أن الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى قال تعالى (وان المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحدا) والمهايأة فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ، ويزرع سنة ويصلي فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت آخر . وأما فيما عدا المسجد والمقبرة فكل واحد بنى على أصله فقال محمد بعدم الجواز لأن أصل القبض عنده شرط والقسمة من تمام القبض فتكون شرطا مثله ، فاذا لم تمكن القسمة

جاز الوقف لأن القبض فى هذه الحالة لا يمكن إلا مع الشيوع فيجوز الوقف كالهبة والصدقة المنفذة . وأجاز أبو يوسف الوقف مطلقا لأن القبض عنده ليس بشرط فكذا مايتم به . ولو وقف الكل ثم استحق جزء بطل فى الباقى عند محمد لأن الشيوع مقارن كما فى الهبة . والفتوى فى وقف المشاع على قول أبى يوسف للسبب الذى قدمناه فى أوائل هذا المختصر . وإذا أريد قسمة المشاع من عقار مشترك كانت ولاية قسمته للواقف وبعد موته لمن له الولاية على الوقف هذا إذا كان الشريك غير الواقف أو متولى الوقف وإلا أقام القاضى من يقاسمه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسما ومقاسما . ولو كان فى القسمة فضل دراهم فان أعطيت فى مقابلة جزء من الوقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطيت فى مقابلة الملك جاز ذلك ويكون مااشتراه ملكا لا وقفا[1]

وقف المنقول ـ نقلوا عن أبى حنيفة أنه لا يجوز وقف ما ينقل ويحول على الاطلاق . وأما صاحباه فاتفقا على جواز وقف المنقول تبعا للعقار كالبناء والشجر تبعا للارض وكما لو وقف ضيعة ببقرها وآلاتها الزراعية لأن كل ذلك تبع للارض فى تحصيل ماهو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا مالا يثبت مقصودا كبيع الشرب وحق الطريق . وان كان القياس يأبى وقف المنقول لأن من شرط الوقف التأبيد وهو لا يتحقق إلا فى العقار[2] واتفق أيضا على وقف السلاح والكراع (الخيل) استحسانا وان كان القياس يأبى وقفهما ، لآثار وردت فى ذلك منها حبس خالد رضى الله عنه سلاحه وافراسه فى سبيل الله . ويدخل فى حكم الكراع الابل لأنها من عدة الحرب عند العرب ثم أجاز محمد وحده وقف كل منقول تعورف وقفه كالفاس والقدوم

---

(١) وفى هذا الموضوع بحث لى استوفيته استيفاء تاما فى كتاب التزام التبرعات

(٢) وهذه وجهة نظر أبى حنيفة فى قوله بعدم جواز وقف المنقول ، على ماقالوا

والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف، ولم يوافقه أبو يوسف على هذا لأن القياس انما يترك بالنص والنص ورد فى الكراع والسلاح فيقتصر عليهما . وقال محمد ان القياس كما يترك بالنص يترك ، بالتعامل أيضا كما فى الاستصناع، وقد وجد التعامل فى هذه الأشياء . وقد جوز بعض فقهائنا وقف الكتب وعليه الفتوى. وعن الانصاري وهو من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو مايوزن أيجوز ذلك ؟ قال نعم ، قيل : وكيف ؟ قال : يدفع الدراهم مضاربة أو بضاعة . قال بعض المشايخ : فعلى هذا اذا وقف الكر من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لأنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبداً على هذا السبيل يجب أن يكون جائزا .

وأما مالا تعامل فيه فانه لايجوز وقفه عندنا اتفاقا لأننا انما أجزنا وقف المنقول لأحد معان ثلاثة اما ان يكون تبعا للعقار واما أن يكون قد ورد به نص واما أن يكون قد جرى به تعامل والأخير رأى محمد خاصة فما خرج عن هذه المعانى الثلاثة فهو مبقى على أصل القياس وهو عدم جواز وقف المنقول.

تتمة فى قسمة الموقوف بين المستحقين

لايجوز قسمة الموقوف بين المستحقين قسمة تملك واختصاص [1] وانما الجائز قسمته قسمة مهايأة مكانية أو زمانية . وإذا كانت المهايأة مكانية فلا بد من التناوب بعد مضى مدة كسنة أو سنتين خشية أن يدعى واضع اليد على قطعة منه أنها ملكه أو موقوفة عليه خاصة وهذا احتياط حسن وقسمة المهايأة غير لازمة ولو بعد الرضا بها .

---

(١) يجوز على قول ضعيف فى المذهب أن يقسم الوقف بين المستحقين بحيث يستقل كل منهم بجزء منه ينتفع به ويستغله ، ولا يزاحمه فيه غيره

الشروط التي يلزم وجودها فى الجهة الموقوف عليها

يشترط فى ذلك شرطان لا بد من اجتماعهما : الأول أن يكون الوقف عليها قربة فى ذاته ، الثانى أن يكون قربة فى اعتقاد الواقف وعلى هذا يصح وقف المسلم على فقراء أهل الذمة ووقف الذمى على فقراء المسلمين ووقف كل منهما على بيت المقدس . ولا يصح وقف الذمى على الحرمين ومساجد المسلمين لأن ذلك وان كان قربة فى ذاته ليس قربة فى اعتقاد الواقف ، ومثله وقف المسلم على الكنائس وكذا وقف الذمى عليها لانتفاء أحد الشرطين .

تتمة فى شروط الوقف

ترجع الشروط التى يشترطها الواقفون الى ثلاثة أصول :

الأول : كل شرط يخل بحكم الوقف ويؤثر فى أصله يجعل الوقف غير صحيح على المعتمد وقيل يصح الوقف ويلغو الشرط وذلك كما لو اشترط الواقف بيع ماوقف وصرف ثمنه فى حاجاته الخاصة أو حاجات من يشاء ؛ وانه اذا لزمه دين يباع الوقف ويوفى الدين من ثمنه

الثانى : كل شرط يوجب تعطيلا لمصلحة الوقف أو تفويتا لمصلحة الموقوف عليهم يكون غير معتبر والوقف صحيح لا يتأثر بهذا الشرط : فلو اشترط عدم الاستبدال كان للقاضى مخالفة ذلك إذا اقتضت المصلحة أو الضرورة المخالفة ، وكذلك لو اشترط ألا يعزل الناظر الذى ولاه ولو ثبتت خيانته فان للقاضى أن يعزله اذا خان محافظة على حقوق الموقوف عليهم والوقف ولا يبالى بشرط الواقف وكذا لو اشترط أن تصرف الغلة الى المستحقين ولا يعمر الوقف منها ولو تخرب لغا شرط ووجب تقديم العمارة

الثالث : كل شرط لا يخل بحكم الوقف ولا يؤثر فى أصله وليس فيه تعطيل لمصلحته ولا لمصلحة الموقوف عليهم فهو شرط جائز معتبر كما اذا اشترط أن ينتفع بالوقف مدة حياته ومن بعده تكون الغلة لذريته الى غير ذلك

الشروط العشرة

ومن ذلك ما يسمى فى عرف الناس الآن بالشروط العشرة مع العلم بأن هذه التسمية ليس لها أصل فى كتب الفقه وان كان مسماها موجودا بالفعل وهى الزيادة والنقصان والادخال والاخراج والاعطاء والحرمان والتغيير والتبديل والبدل والاستبدال . وينبغى حمل كل من هذه الالفاظ عند اجتماعها على معنى مستقل لأن التأسيس أولى من التأكيد . وفى هذا خلاف بين علماء المذهب (١) وبناء على هذا اذا اجتمعت الشروط العشرة فسرنا الادخال والاخراج بادخال من لم يكن مستحقا على المستحقين واخراج بعض المستحقين ، والاعطاء والحرمان باعطاء بعض المستحقين وحرمان البعض الآخر مؤقتا أو مؤبداً مع بقائه فى عداد المستحقين ، والزيادة والنقصان فى المرتبات ، والتغيير فى الشروط ؛ والتبديل فى أعيان الوقف ، أى تحويله من أرض زراعية الى أرض بناء ومن دار الى حمام مثلا ، والاستبدال ببيع الوقف لأخذ بدل عنه والبدل بأخذ غيره وجعله وقفا مكان الأول

(تنبيه) ليس للواقف حق العمل بهذه الشروط كلها أو بعضها إلا إذا اشترط ذلك لنفسه أو لغيره نصا ، ومتى عمل بأحدها مرة واحدة فليس له تكرار العمل به مرة ثانية إلا اذا اشترط لنفسه فى كتاب الوقف أو لغيره تكرار العمل بالشرط متى أراد فاذا أخرج أحد المستحقين من الوقف ثم

---

(١) وانظر الانقروية والبحر والفتاوى الهندية

أدخله فليس له أن يخرجه مرة أخرى [١] الا اذا اشترط لنفسه فى الوقف تكرار الاخراج مادام حيا على ماقدمناه

ومما يلتحق بالشروط ، المتقدمة شرطا التفضيل والتخصيص ؛ فاذا اشترط الواقف تفضيل بعض المستحقين على بعض صح ذلك الشرط وجازله العمل به وليس له تكراره إلا اذا حفظ لنفسه حق التكرار مرة بعد مرة فاذا لم يعمل بهذا الشرط حتى مات قسمت الغلة بين المستحقين بالسوية . وكذا اذا اشترط تخصيص بعض المستحقين بغلة الوقف كلها مدة سنة مثلا صح ذلك وتكون الغلة له وحده فى تلك السنة دون سائر المستحقين فاذا انقضت المدة عادت الى الواقف مشيئة الاختصاص فى غيره

الاستبدال

لما كان الاستبدال يحتاج إلى شيء من التفصيل فهاك خلاصة ما قيل فيه . إذا اشترط الواقف الاستبدال لنفسه جاز له استبدال الوقف متى شاء ويشترى عقارا آخر بدله ويقوم الثانى مقام الأول فى الحكم بمجرد الاستبدال اذا استبدل بالوقف عقارا ، وبمجرد شراء العقار الثانى اذا باع الوقف بنقود ، ولا يحتاج إلى وقف جديد . ومتى فعل ذلك مرة فليس له أن يستبدل به مرة أخرى إلا إذا ذكر فى كتاب الوقف عبارة تفيد أن له الاستبدال كلما أراد .

والاستبدال فى هذه الحالة جائز ولو كان المستبدل عامراً ذا ريع منتفع به . وإن اشترط الاستبدال لغيره جاز لذلك الغير الاستبدال ويجوز للواقف أيضا .

---

(١) والظاهر أن له أن يخرج غيره وذلك لأن التكرار انما يتصور بالنسبة للشخص الواحد . ولأن له أن يخرج دفعة واحدة أكثر من واحد بل له أن يخرج جميع المستحقين المعينين دفعة واحدة فاخراجهم واحداً بعد واحد كذلك

والأصل أن كل شرط يشترطه الواقف لغيره فانه يثبت للواقف ولو لم يشترطه لنفسه ، لأن ذلك الغير لم يستفد حق العمل بهذا الشرط إلا من جهة الوقف .

وان سكت الواقف عن اشتراط الاستبدال لنفسه أو لغيره أو نهى عنه فليس له بيعه ولا استبداله [1] ، ولو صارت الأرض سبخة والدار خربة لا ينتفع بهما ، وإنما الذى يملك الاستبدال فى هذه الحالة هو القاضى وذلك فى موضعين الأول : أن يخرج الموقوف عن الانتفاع به بالكلية كأن تصير الأرض سبخة أو تضعف ويقل ايرادها ولا يكفى ريعها لمؤونتها وتكاليفها وليس للوقف ريع تصلح به . الثانى : أن يكون الوقف منتفعاً به فى الجملة ولكن يمكن أن يستبدل به ما هو أكثر منه نفعاً لما فى ذلك من فائدة الوقف وقيل لا يجوز الاستبدال فى هذه الحالة لئلا يجر ذلك إلى ضياع الأوقاف والفتوى على الثانى لأجل الاحتياط . أقول : إذا انتفى الخوف على الوقف كما فى زماننا هذا ينبغى العمل بالقول الأول لاغتنام الفائدة ، وقد زال سبب الخوف بوجود الاحتياطات الشديدة التى تتخذها المحاكم الشرعية عندنا الآن .

وقد ألحق بما تقدم صورتان يجوز للقاضى الاستبدال بالوقف فيهما :

---

(١) الباء فى الاستبدال تدخل على المتروك ويتعدى الفعل بنفسه الى البدل تقول استبدلت بدارى التى فى القاهرة داراً بالاسكندرية اى تركت دارك التى بالقاهرة وأخذت بدلها داراً بالاسكندرية . والناس يستعملون هذا استعمالا معكوساً وهو خطأ محض ، قال تعالى (أتستبدلون الذى هو أدنى بالذى هو خير ؟) وقال : (ومن يتبدل الكفر بالايمان) الآية ، وقال معن بن أوس المزنى : وبدل سوءا بالذي كنت أفعل . فليتنبه لهذا .

الأولى : إذا غصب الوقف غاصب وعجز المتولى عن استرداده أو عن إقامة بينة وأراد الغاصب دفع البدل أو الصلح على شيء لزم المتولى أخذه ويشترى به عقارا ويجعله وقفاً على شرائط الأول .

الثانية : إذا غصب الأرض الموقوفة غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت الأرض بحرا لا ينتفع بزراعتها وضمن المتولى الغاصب القيمة لزمه أن يشترى بها أرضا بدلا عنها ويندرج تحت هذا أخذ أرض الوقف للمنافع العمومية .

والاستبدال أحكام وشروط مبنية جميعها على رعاية شرط الواقف وعدم الحاق الضرر والغبن بالوقف .

(تنبيه) . الشروط المتقدمة كلها من باب الولاية يملكها من هى له سواء أكان صحيحا أم مريضا مرض الموت اذ لا علاقة لها بأمواله حال حياته ولا بعد وفاته . فليتنبه لهذا .

اشتراط الواقف الغلة لنفسه

اذا جعل الواقف الغلة لنفسه كان ذلك جائزاً على قول أبى يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال وبه قال الشافعى ، ودليله أن الوقف تبرع على وجه التمليك فاشتراط بعض الغلة أو كلها لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بأن تصدق على فقير بدينار مثلا وسلمه اليه على أن يكون كل الدينار أو نصفه للمتصدق لم يجز لعدم الفائدة إذ لم يكن مملكا فى الأول شيئا وفى الثانى يكون مملكا ماوراء المستثنى فكذا فى الصدقة المضافة .

واحتج أبو يوسف بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد بها صدقته الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فدل ذلك على صحته ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة فاذا اشترط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ماصار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أنه جعل

ملك مالنفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزل الخان أو يشرب من السقاية أو يدفن فى المقبرة جاز كل ذلك ، ولأن مقصوده القربة وفى الصرف إلى نفسه ذلك قال صلى الله عليه وسلم «نفقة الرجل على نفسه صدقة» والفتوى على قول أبى يوسف

الوقف على الأولاد (١) وما يتعلق بذلك

يصح وقف الانسان على أولاده ومن بعدهم لجهة خيرية وهو إما أن يذكرهم بلفظ المفرد كأن يقول وقفت على ولدى أو بلفظ المثنى كأن يقول وقفت على ولدىّ أو بلفظ الجمع كأن يقول وقفت على أولادى أو بنى أو بناتى . وقد يقتصر على درجة واحدة أو درجتين أو يذكر أكثر من ذلك

فلو اقتصر على درجة واحدة وكان الولد بلفظ المفرد بأن قال أرضى صدقة موقوفة على ولدى ثم للفقراء استحق الريع من كان موجودا من ولده لصلبه وقت الوقف ومن يحدث له بعده لأنه مفرد مضاف فيعم فاذا انقرضوا صرف الى الفقراء ولا يصرف شىء إلى ولد ولده لأنه اقتصر على درجة واحدة والولد المضاف إلى الشخص حقيقة ولده لصلبه ولا يعدل عن الحقيقة ما أمكن فاذا لم يكن له ولد لصلبه وقت الوقف وكان له ولد ابن استحق الريع سواء أكان واحدا أم متعدداً ذكرا أم أنثى ولا يشاركه من هو دونه فى الدرجات ولا ولد البنت الذى فى درجته . فاذا ولد للواقف ولد لصلبه عاد الريع كله اليه : وذلك لأن ولد الابن وإن سفل يصدق عليه أنه

---

(١) الولد يطلق على كل من الذكر والأنثى فالابن ولد والبنت ولد وهذا هو الاستعمال الصحيح لا يوجد فى اللغة العربية غيره . وفى مصر يطلقون الولد على الابن فقط ولا يطلقونه على البنت فيقولون لفلان ولد وبنت أى ابن وبنت وهو عرف عامى

ولد للانسان مجازا فيصار اليه عند تعذر الحقيقة بعدم وجود ولد للواقف من صلبه بخلاف ولد البنت فانه لا يصدق عليه ذلك إذ هو ينتسب إلى أبيه لا إلى أبى أمه وإذا لم يكن للواقف وقت الوقف ولد لصلبه ولا ولد ابن وان سفل صرف الريع إلى الجهة التى سماها حتى يوجد له ولد فترجع الغلة اليه ويسمى هذا الوقف منقطع الأول

وان اقتصر على درجتين بأن قال على ولدى وولد ولدى استحق الريع كل من كان موجودا وقت الوقف من أولاد الواقف لصلبه وأولاد أولاده ومن يحدث بعد ذلك ، ويدخل فى هذه الحالة أولاد البنات على الصحيح لأن بنته ولده فولد بنته ولد ولده فاذا انقرضت هاتان الدرجتان صرف الريع إلى الجهة التى سماها الواقف بعدهما لاقتصاره عليهما

وإن ذكر أكثر من درجتين بأن قال على ولدى وولد ولدى وولد ولدى استحق الريع كل من كان من ذرية الواقف سواء أكان ذكرا أم أنثى من أبناء الذكور أم الاناث واحدا أو متعددا ولا يصرف إلى غيرهم مابقى منهم أحد فاذا انقرضوا كلهم صرف الريع الى الجهة التى سماها للواقف بعدهم وذلك لأنه لما ذكر أكثر من درجتين بين أن غرضه الوقف على من ينتسب اليه سواء أقرب أم بعد بدون ملاحظة شىء معين فى الدرجات والبطون.

وان أتى بلفظ المثنى بأن قال أرضى هذه صدقة موقوفة على ولدى ومن بعدهما لأولادهما ثم للفقراء فان عينهما بالأشارة أو الاسم أو لم يكن له غيرهما استحقا الريع بقبولهما فاذا رد أحدهما أو مات صرف نصيبه من الريع إلى الفقراء لأنهم المصرف الأصلى للوقف ، والنصف الآخر يصرف إلى الحى فان مات الثانى صرف نصيب الولدين إلى أولادهما عملا بشرط الواقف لأنه شرط استحقاق أولادهما بعد

انقراضهما جميعاً ويسمى هذا الوقف منقطع الوسط لأن الصرف إلى الفقراء فيه توسط الصرف إلى ذرية الواقف . وإن لم يعينهما وكان له غيرهما رجع إليه فى البيان لجهالة الموقوف عليه ، فان مات بلا بيان توقف صرف الريع حتى يصطلحوا فيما بينهم على اثنين منهم

وإن أتى بلفظ الجمع فاما أن يقتصر على درجة واحدة كأن يقول أرضى صدقة موقوفة على أولادى أو يزيد عليها كان يقول على أولادى وأولاد أولادى فان زاد استحق كل من ينتسب الى الواقف سواء أكان من أولاد الذكور أم الأناث لأن إسم الأولاد يتناول الكل بخلاف إسم الولد فانه لا يعم الا إذا كان بثلاث درجات على ما قالوا

وان اقتصر على درجة واحدة فاما أن يعينهم بالاسم أو الاشارة أولا. فان عينهم كان الوقف عليهم خاصة ، ومن مات منهم صرف نصيبه للفقراء لا إلى أخوته نظراً للتعيين وان لم يعينهم فقيل أن الريع يستحقه أولاده لصلبه فقط فاذا انقرضوا صرف الى الفقراء وقيل يستحقه كل من ينتسب إلى الواقف من الذرية وعليه أكثر العلماء

واذا لم يكن له إلا ولد واحد وكان الوقف بلفظ الجمع فقيل يأخذ كل الريع لأن الاضافة فى قول الواقف على أولادى أبطلت معنى الجمعية إذ غرضه الوقف على جنس أولاده لا غيرهم وقيل له نصف الريع فقط لأن أقل الجمع اثنان

ولو وقف على بنيه أو بناته فان الواحد يستحق النصف بلا خلاف اذا إنفرد نظراً للجمع . قالوا والفرق بينه وبين الأول انه تعورف فى الأولاد استحقاق الواحد عند الانفراد جميع الريع دون البنين والبنات وغيرهما من كل جمع تخالف مادته مادة الأولاد (أى مادة ـ و ـ ل ـ د) . والوقف على البنين يتناول البنات عند الاختلاط بخلاف الوقف على البنات فانه لا يتناول الذكور

ولو عند الاختلاط وذلك لأن البنات إذا جمعن مع البنين ذكرن بلفظ التذكير تغايباً دون العكس — تقول أحمد وفاطمة وزينب بنو فلان ، ولا يجوز أن تقول بناته إلا اذا كان جميع الأولاد اناثا

ولو وقف على بنيه وله بنات فقط أو على بناته وله بنون فقط فالغلة للمساكين ويكون وقفا منقطعا فان حدث له ما يصدق عليه الوصف صرفت الغلة اليه

ولو قال وقفت على أولادى وأولادهم وكان له أولاد مات بعضهم قبل صدور الوقف فانه يكون وقفا على الأحياء وأولادهم دون أولاد من مات قبل الوقف إذ لا يصح على الأموات فالضمير فى قوله وأولادهم يعود الى الموقوف عليهم وهم الأحياء بخلاف ما لو قال على أولادى وأولاد اولادى فانه يدخل اولاد من مات قبل الوقف ايضا لأنهم أولاد أولاده

ولو وقف على نسله أو ذريته صح ويدخل فى الوقف أولاده وأولاد أولاده وإن سفلوا ذكوراً واناثا واولاد بنيه واولاد بناته فى ذلك سواء

ولو وقف على العقب او على اولاد الظهور دخل فى وقفه كل من ينتسب اليه مباشرة أو من جهة ابيه [1] ذكراً كان او انثى فيشمل الذكور والأناث من اولاده لصلبه ومن اولاد بنيه وإن سفلوا دون اولاد البنات فانهم ليسوا من العقب ولا من اولاد الظهور وإنما هم اولاد البطون

الوقف على القرابة

ولو وقف على أقربائه أو ذوى قرابته دخل فى وقفه كل من ينتسب اليه ماعدا أبويه وأولاده لصلبه فانهم لا يسمون أقرباء اتفاقا وكذا من علا من جهة أبويه ومن سفل من جهة أولاده على قول الشيخين خلافا لمحمد فانه عدهم من الأقارب وهو ظاهر الرواية

---

(١) اعنى من جهة أبي المنتسب

ولو قال أرضى موقوفة على الأقرب الىّ شمل ذلك القرابة وغيرها من النسب وأقرب الناس الى الانسان ولده ولو أنثى ثم أبواه وهما متساويان فى القرب ثم جدة الصحيح ثم اخوته

الوقف على الحمل

يصح الوقف على الحمل بل على من سيوجد ، غير أن الحمل لا يستحق من الغلة إلا اذا تحقق وجوده شرعا فى بطن أمه وقت مجيء الغلة وذلك بأن تلده بعد مجيء الغلة لأقل من ستة أشهر إن كانت الزوجية قائمة أو كانت معتدة لطلاق رجعى أو تلده بعد مجيء الغلة لأقل من سنتين إن كانت مبانة أو معتدة عدة الوفاة وصورة ذلك أن يقول جعلت أرضى صدقة موقوفة على ما فى بطن فلانة فمتى ثبت وجود الموقوف عليه شرعا فى ذلك الوقت استحق فى الغلة المذكورة. والحمل يستحق ضمنا اذا تناوله اسم الموقوف عليهم كأولادى (مثلا)

(تتمة) اذا وقف شخص على أولاده فادعى شخص آخر على ناظر الوقف انه من أولاد الواقف وقضى باستحقاقه فان استحقاقه للوقف يثبت من وقت ولادته فله أن يرجع على المستحقين بنصيبه فى الغلة من ذلك الحين وليس له أن يرجع على الناظر اذا كان قد دفع الغلة الى المستحقين بقضاء القاضى فان دفعها اليهم بغير قضاء كان له أن يرجع عليه . وأما اذا أثبت المستحق أنه من أولاد بنات الواقف وقضى بدخوله فى الوقف فانه لا يستحق إلا من وقت القضاء له لأن فى دخول أولاد البنات خلافا فيعتبر القضاء بالنسبة لهم مثبتا وبالنسبة لأولاد الواقف مظهرا

(ترتيب درجات المستحقين والتسوية والتفضيل بينهم فى الاستحقاق)

إذا لم يرتب الواقف بين الدرجات صرف الريع الى جميع الموقوف عليهم

لافرق بين طبقة وأخرى وإن رتب بينها صرف الى الطبقة الأولى ، ولا يعطى من يليها شيئا حتى تنقرض عن آخرها ، فاذا انقرضت صرفت الغلة الى الطبقة الثانية ولا يعطى شيء للطبقة الثالثة حتى تنقرض الثانية وهكذا فاذا انقرضت كل الطبقات صرفت الغلة للجهة التى بعدهم . ثم إن لم يشترط التفضيل بين الموقوف عليهم بأن سكت أو اشترط أن يقسم الريع بينهم بالسوية قسم الريع بينهم بالسوية فى الحالتين ولا يفضل الذكر على الأنثى . وان شرط التفضيل كأن قال للذكر منهم ضعف الأنثى اتبع شرطه ، ومثل ذلك لو قال على الفريضة الشرعية فان الذكر يعطى ضعف الأنثى كما جرى بذلك عرف الواقفين وعادتهم

حكم نصيب من يموت من المستحقين فى الوقف

اذا أنشأ الواقف وقفه على ذريته مثلا ومن بعدهم على المساكين وسكت عن بيان نصيب من يموت منهم رجع نصيب من يموت الى الغلة فيصرف فى مصارفها وان اشترط أن من يموت منهم عن ولد يصرف نصيبه الى أولاده ومن يموت عقيما يرجع نصيبه الى أهل طبقته مثلا صح شرطه ووجب اتباعه ، فاذا كان الوقف كما ذكرنا ولم يرتب بين الدرجات ومات أحد المستحقين عن أولاد فان الريع يقسم كل سنة بين الموجود من ذرية الواقف والميت منهم ويصرف نصيب من مات عن ولد الى ولده منضما الى نصيبه فى الوقف فيستحق من جهتين واذا مات عقيما صرف نصيبه الى طبقته كما شرط . وان رتب بين الدرجات صرف الريع الى أهل الطبقة العليا دون من يليهم . ومن مات منهم عن ولد يصرف نصيبه اليه ويشارك أهل الطبقة العليا حتى ينقرض كل من فى الطبقة العليا فتنقض القسمة ويقسم الريع على جميع أهل الطبقة الثانية ثم تنقض القسمة بموت آخر واحد منهم ويقسم الريع على الطبقة الثالثة وهكذا . واذا رتب بين البطون وشرط

أن من مات منهم قبل استحقاقه شيئاً من ريع الوقف وترك ولداً أو ولد ولد وان سفل قام ولده فى الاستحقاق مقامه واستحق ما كان يستحقه لو كان حيا صح شرطه ووجب العمل به فاذا مات أحد أولاد الواقف قبل صدور الوقف وترك ولداً فانه لا يشارك أعمامه لعدم دخول أصله فى الموقوف عليهم إذ الوقف على الميت باطل . ومن مات عن ولد بعد صدور الوقف وقبل استحقاقه شيئاً من الريع بالفعل بأن كان من أولاد أولاد الواقف ومات قبل أبيه ثم مات أبوه بعده عن أولاد هم إخوة ذلك الميت فان ولد الميت الأول يشارك أعمامه فى نصيب جده ويأخذ ما كان يأخذه أبوه لو كان حياً اعتباراً لمرتبته الجعلية وعملا بقول الواقف (على أن مات من أهل الوقف قبل استحقاقه شيئا يقوم ولده مقامه) . لكن ان شرط الواقف والمسألة بحالها أن من يموت عقيما يرجع نصيبه الى من فى درجته فمات أحد الأعمام عقيما فهل يصرف نصيبه الى إخوته فقط الذين هم فى مرتبته الحقيقية أم يشاركهم ابن أخيهم فى سهم عمه اعتبارا بمرتبته الجعلية التى صار بها فى منزلة والده ؟

اختلف العلماء فى ذلك اختلافا كبيرا والذى حققه العلامة ابن عابدين عدم المشاركة فى سهم العم وان شارك فى سهم الجد .

(تتمة) اذا أقر مستحق فى وقف أنه لا يستحق شيئا من ريعه بل الذى يستحقه هو فلان دونه ووافقه المقر له على ذلك عومل بمقتضى اقراره فى حق نفسه خاصة ويسمى هذا بالمصادقة على الاستحقاق فيعمل به وان خالف كتاب الوقف . وقالوا فى توجيهه انه يجوز أن يكون الواقف اشترط له أن يدخل مكانه فى الوقف من يشاء ولم يذكر ذلك فى كتاب الوقف فيصدق فى حق نفسه . وأما اذا قال أسقطت حقى فى الوقف لفلان [1] فقيل يصح

(١) أى لمعين ، أما اذا كان الاسقاط لغير معين كأن يقول المستحق أسقطت

هذا الاسقاط وقيل لا . ودليل الصحة أنه لا معنى لصحة الاقرار به وعدم صحة اسقاطه لأن المؤدى واحد اذ الغرض هو جعل استحقاقه لغيره ، والاختلاف إنما هو فى اللفظ ، ودليل عدم الصحة أن بين الاقرار والاسقاط فرقا لأن تصحيح الاقرار مبنى على معاملته باقراره على نفسه مع إمكان تصحيح كلامه بخلاف الاسقاط لأنه إنشاء تمليك وليس للمستحق ولاية الانشاء من تلقاء نفسه والقول الثانى وهو عدم صحة الاسقاط هو الصحيح

ثم إن كان الموقوف عليهم معينين بالاسم اشترط فى الاستحقاق وجودهم يوم الوقف وإن كانوا معينين بالوصف وكان الوصف مما لا يزول كالعمى كان كالمعين بالاسم فيشترط فى الاستحقاق وجوده وقت الوقف ، وان كان الوصف مما يزول لكنه لا يعود كالصغر فالحكم كذلك . أما إن كان مما يزول ويحتمل عوده كالفقر لم يكن ذكره بمنزلة الاسم فيعتبر تحقق الوصف وقت وجود الغلة لا وقت الوقف ووقت وجود الغلة بالنسبة للاراضى المزروعة هو اليوم الذى يصير فيه الزرع متقوما ان كان المزروع حباً . واليوم الذى ينعقد فيه الثمر ويصير مأمونا من الآفة إن كان غير حب . وان كان الوقف مسناً جرا فوقت وجود الغلة هو وقت حلول كل قسط .

الولاية على الوقف

الولاية على الوقف هى القيام بمصالحه والاعتناء بأموره من إجارة مستغلاته وتحصيل أجوره وغلاته وصرف ما اجتمع منها فى مصارفه الشرعية على ما شرط الواقف ، ولم يمنع منه الشرع . والولاية

حق فى الوقف الفلانى فانه لا يسقط . أنظر الاشباه ورسالة ما يقبل الاسقاط من الحقوق ومالا يقبل وتكملة رد المحتار .

على الوقف تثبت للواقف سواء اشترطها لنفسه أم سكت فله أن يتولى أمر وقفه بنفسه وله أن يقيم ناظرا عليه وهذا عند أبي يوسف وبه يفتي . وقال محمد ليس له شيء من ذلك لأن التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلمه لم يبق له ولاية فيه . قلنا ان المتولى إنما يستفيد الولاية من قبل الواقف بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية ، وغيره يستفيدها منه ، ولأنه أقرب الناس الى هذا الوقف فيكون أولى بولايته ، كمن أعتق عبداً فان الولاء له وكمن اتخذ مسجداً فانه يكون أولى بعمارته وإقامة الشعائر فيه(١) ولو أن الواقف شرط الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزع الوقف من يده نظراً للفقراء ويولى عليه غيره . وان مات الواقف وكان له وصى أهل للولاية على الوقف ثبتت له الولاية عليه فلا يزاحمه غيره ، ولو القاضى لأن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة . ولو مات الوصى عن وصى فحكم الوصى الثانى لحكم الوصى الأول . ولو كان الوصى غير أهل للولاية كأن يكون صبياً فان القاضى يقيم ناظراً على الوقف حتى يكبر الصبي ويرشد فتصرف الولاية اليه .

شروط التولية

ويشترط فى متولى الوقف أن يكون عاقلا بالغاً أميناً قادراً بنفسه أو بنائبه على القيام بأمور الوقف فاذا فقد شرط من ذلك ولى القاضى غيره حتى يزول المانع فاذا زال أعاد الأول عملا بشرط الواقف . ولا تشترط الذكورة فى ناظر الوقف . وإذا مات الواقف ولم يجعل لوقفه قيما ولم يوص الى أحد كان للقاضى

---

(١) أنظر كتابنا التزام التبرعات ففيه البحث فى هذا الموضوع مستوفى جدا بما لا يقبل المزيد مع ايراد ما جاء فى مذاهب الأئمة الآخرين .

ولاية نصب القيم ان لم يكن الواقف شرط ذلك لغير القاضى .

ولا يولى القاضى على نظارة الوقف أحداً من الأجانب مادام موجوداً من أقارب الوقف من يصلح للنظارة ولو لم يكن مستحقاً بالفعل (١) ولا ينعزل القيم الذى أقامه القاضى بموت القاضى أو عزله لأن فعل القاضى حكم وحكمه لا يبطل بموت ولا بعزل .

ولو جعل الواقف الولاية على وقفه لشخص فى حياته وبعد وفاته فلا ينعزل بموت الواقف لأنه يكون وكيلا عنه فى الحياة ووصياً بعد الوفاة، وان لم يجعل له الولاية بعد وفاته انعزل بموته لأنه وكيل عنه والوكيل ينعزل بموت الموكل .

التوكيل والتفويض والمصادقة على النظر

التوكيل :

لناظر الوقف سواء أكان مولى اشرط الواقف أم من قبل القاضى أن يوكل من يقوم مقامه فى التصرفات التى يملكها كلها أو بعضها وله أن يعزل وكيله ويستبدل به غيره وأن يجعل له من معلومه أجراً على عمله وينعزل ذلك الوكيل بعزل الناظر إياه أو عزله نفسه بشرط العلم وكذا بخروج أحدهما عن الأهلية .

التفويض :

هو أسناد الناظر شئون الوقف الى غيره وإقامته مقام نفسه استقلالا . وجملة القول فيه أن الواقف اما أن يكون قد ملك الناظر ذلك بأن فوض اليه أمور الوقف تفويضاً عاماً فجعل له اسناده والايصاء به الى من يشاء أو لا يكون قد ملكه ذلك . ففى الحالة الأولى يصح للناظر أن يسند النظر ويوصى به الى من

(١) أنظر كتابنا التزام التبرعات .

يشاء مطلقاً فى حال صحته أو مرضه . ولا يحتاج من جعله ناظراً الى تقرير شرعى من القاضى بل يكون ناظراً بمجرد اسناد النظر اليه . وليس له بعد الاسناد أن يعزله الا اذا جعل له الواقف التفويض والعزل . وفى الحالة الثانية لا يجوز للناظر التفويض الى غيره الا فى حالتين .

الأولى : أن يكون مريضاً مرض الموت فله فى هذه الحالة أن يسند النظر الى من يشاء كالوصى وللوصى أن يوصى الى غيره وان لم يشترط له الموصى ذلك ولما كان فعله هذا إيصاء كان له أن يعزل من أسند النظر اليه ويسنده الى غيره (وفى هذا المقام كلام انظره فى كتابنا التزام التبرعات)

الثانية : أن يكون فى صحته ويسند النظر الى غيره فى مجلس القاضى ويقرر القاضى غيره فى الولاية سواء أكان الذى قرره هو من تنازل له الناظر عن النظر أم غيره . أما لو تنازل وهو صحيح فى غير مجلس القاضى أو فيه ولم يقرر القاضى غيره فهو باق على ولايته كما كان من قبل حتى يقرر غيره لأنه عزل معلق على ولاية آخر وليس عزلا مجرداً حتى يتم بعزله نفسه وعلم القاضى بذلك

المصادقة على النظر

هى إقرار الناظر أنه لا يستحق النظر على الوقف وإنما الذى يستحقه غيره وهو فلان ويصدقه المقر له على ذلك أو يقر أن النظر له ولفلان بالاشتراك ويصدقه الآخر ، وهذه المصادقة صحيحة ولو كانت فى غير مجلس القاضى وفى حال الصحة حملا للاقرار على الصحة لتجويز أن يكون الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له ولم يذكره فى كتاب الوقف اكتفاء بعلم الناظر به

ويعمل بهذه المصادقة ما دام المقر حياً حتى اذا مات بطل العمل باقراره ، وولى القاضى على الوقف من يشاء بدله إن لم يكن هناك من شرطت له الولاية

بعده . واذا مات المقر له بطل الاقرار ، وللقاضى أن يولى من يشاء ، ولا تعود الولاية الى المقر معاملة له باقراره ، واذا أسندها القاضى اليه وكان أهلا لها صح ويعتبر هذا تولية جديدة من القاضى

أجرة الناظر

يجوز أن يجعل لناظر الوقف مقدار معين من المال فى كل شهر أو سنة فى مقابل قيامه بأمور الوقف أو أن يجعل له مقدار نسبى مما يحصله من غلاته كالعشر مثلا إلا أنه اذا شرط الواقف للناظر شيئا استحقه ولو كان أكثر من أجر المثل لأنه لو جعل له ذلك من غير أن يشترط عليه القيام بأمر الوقف جاز فأولى أن يجوز مع الشرط ، وتعتبر الزيادة استحقاقاً فى الوقف لا أجراً على العمل . ولو كان ما يأخذه الناظر بشرط الواقف أقل من أجر المثل فللقاضى أن يزيده الى أجر المثل ان طلب الناظر منه ذلك . وإن لم يشترط الواقف شيئا للناظر فليس للقاضى أن يجعل له أكثر من أجر المثل ويستحق الناظر الأجر ما دام فى استطاعته القيام بأمر الوقف بنفسه أو بمن ينيبه عنه فى ذلك

ما يجوز للناظر من التصرفات وما لا يجوز

يجوز لناظر الوقف أن يعمل كل ما فيه فائدة له ومنفعة للموقوف عليهم مع تنفيذ شروط الواقف إن كانت معتبرة شرعا فيجوز له أن يزيد وينقص فى مرتبات من يشاء ويدخل ويخرج ويفضل ويخصص من يشاء ويستبدل ان شرط الواقف له ذلك . ويجوز له أيضا أن يزرع أرض الوقف بنفسه ويشترى ويعمل كل ما تحتاجه الزراعة . وله أن يؤجر ، ولا يجوز له رهن

عقار الوقف لدين على الوقف أو المستحقين لأن ذلك لو تم لأدى الى بطلان الوقف عند العجز عن إيفاء الدين . ولا يجوز له ولا للقاضى صرف فاضل غلة أحد الوقفين على مصارف الوقف الآخر عند الاحتياج إلا اذا اتحدت الجهة الموقوف عليها سواء اتحد الواقف أم اختلف ، كما لو وقف شخص أو شخصان وقفين على مدرسة أحدهما على عمارتها والثانى على مصالحها الأخرى فانه يجوز صرف فاضل غلة أحد الوقفين على جهة الآخر عند الاحتياج . وأما الاستدانة على الوقف فلا تجوز للناظر إلا اذا أمره الواقف بها ، وإلا فلا بد من اذن القاضى بشرط أن يكون هناك ضرورة تدعو الى الاستدانة لأجل مصلحة الوقف ، كأن تحتاج دار الوقف لعمارة ضرورية وليس للوقف غلة فى يد الناظر يعمره بها ولم تتيسر إجارتها ولو مدة طويلة للضرورة والصرف على عمارتها من الأجرة . فاذا كان ذلك جاز للقاضى أن يأمر الناظر بالاستدانة على قدر الضرورة . والاستدانة تكون بالاستقراض أو بشراء ما يلزم للعمارة أو الزراعة نسيئة

محاسبة الناظر

ان كان الناظر عدلا معروفا بالأمانة اكتفى منه القاضى بتقديم الحساب الاجمالى إذا تعذر عليه بيان جهات الصرف والانفاق بالتفصيل . ثم ان ادعى اعطاءها للمستحقين ولم يصدقوه فالقول له بيمينه ، وان ادعى اعطاءها لأرباب الشعائر كالامام والخطيب والمدرس ولم يصدقوه فقيل ان الحكم كذلك قياساً على المستحقين لأنه أمين بالنسبة لهم جميعاً وبه أفتى خير الدين الرملى . وقيل لا يصدق إلا بالبينة قياسا على ما إذا استأجر شخصا لعمل فى الوقف ثم ادعى أنه أعطاه أجرته فلا يصدق إلا بالبينة وبه أفتى المولى أبو السعود

العمادى وعليه الأكثر . وان كان الناظر متهما فلا يكتفى القاضى منه بتقديم الحساب الاجمالى بل يجبره على التفصيل لكن لا يحبسه فان لم يبين اكتفى منه باليمين ، هكذا قالوا . وان ادعى هذا الناظر صرف الغلة للمستحقين أو لأرباب الوظائف ولم يصدقوه فلا يقبل قوله إلا بالبينة على ما استقر عليه الرأى أخيراً ، ويا ليت الحكم فى ذلك يعم كل ناظر لتغيير أحوال الناس فلا يعتبر قول أى ناظر الا بالبينة

ضمان الناظر

ناظر الوقف أمين والأمين لا يضمن ما ائتمن عليه إلا اذا هلك بتعديه أو تقصيره فى حفظه أو منعه اياه عمن هو له بدون مسوغ شرعى وعلى هذا فلا ضمان على الناظر اذا قبض الغلة وضاعت من يده بدون تقصير منه وكذا اذا هلكت عنه بآفة سماوية ، ومثله ما اذا كان الاستبدال مشروطا له وباع عيناً من أعيان الوقف ليستبدل بها وغيرها وقبض الثمن وضاع من يده بدون تقصير فلا يضمن ، وهكذا . ويضمن اذا استهلك الغلة او وضعها فى غير حرز مثلها فضاعت أو هلكت تحت يده بعد أن طلبها المستحقون فمنعها منهم بدون مسوغ شرعى وهكذا

عزل الناظر

للواقف عزل الناظر الذى ولاه ولو بدون سبب موجب للعزل سواء اشترط ذلك لنفسه أم لم يشترطه ، وذلك لانه وكيله ، وللموكل أن يعزل الوكيل متى شاء وليس له عزل الناظر المولى من قبل القاضى مطلقا ، كما أن القاضى ليس له أن يعزل الناظر المولى من قبل الواقف الا اذا ثبت عنده بالطريق الشرعى

مايوجب عزله من خيانة أو عدم قدرة على القيام بأمور الوقف أو اهمال فى شؤونه . ومع ذلك فلا يتحتم عزله إذ الواجب هو ازالة ضرره عن الوقف وذلك اما بعزله ، أو ضم ثقة اليه ، وليس له عزله بمجرد الطعن فى أمانته ، ولكن له أن يضم اليه ثقة يشاركه فى النظر احتياطاً ، أو يشرف على تصرفاته ويعطيه اجراً من معلوم الناظر ان كان فيه سعة ، والا أعطاه من غلات الوقف مايليق بعمله ولا يضر بغيره من المستحقين . وللقاضى عزل الناظر الذى ولاه هو سواء كان هناك موجب للعزل أم لا لأنه وكيله أما الناظر الذى ولاه قاض غيره فليس له عزله الا لسبب موجب للعزل ولو كان غير الخيانة وعدم القدرة على القيام بأمور الوقف كما اذا كان الأصلح للوقف تولية غيره كأن يقبل الولاية بدون أجر مع تساويهما فى الأمانة والكفاية وينعزل الناظر بخروجه عن الأهلية وبعزله نفسه كما تقدم

(تنبيه) للامام ونائبه مخالفة الشروط التى اشترطت فى وقف أراضى بيت المال المسماة ارصادا . فاذا وقف أحد أئمة المسلمين أو سلاطينهم أرضا من أراضى بيت المال المعروفة الآن بالأراضى الأميرية على مصلحة عامة كالمساجد والمقابر والسقايات والقناطر أو على قوم مخصوصين لهم حق فى بيت المال كالعلماء وطلاب العلم والقضاة جاز ذلك ويسمى ارصادا وهو فى الحقيقة ليس وقفا لعدم تحقق شروط الملك فيه وإنما هو على هيئة الوقف وصورته . فاذا اشترط الامام فيه شروطا فلا يجب على من يأتى بعده أن يتبعها بل يجوز له الزيادة والنقصان فى المرتبات التى عينها الامام الأول وإن لم يشترط ذلك لمن بعده . ولكن لا يجوز له ابطال الارصاد من أصله ولا صرفه الى جهة أخرى غير الجهة المعين لها . وهذا بخلاف أوقاف السلاطين التى علم أنها ملك لهم فانها كغيرها من الأوقاف فيجب اتباع شروطهم فيها كغيرهم من الواقفين

الا ما خالف الشرع أو أضر بالمصلحة . وفى الفتاوى المهدية بحث واف فى هذا الموضوع

اجارة الوقف (١)

فيها ثلاثة مباحث :

الأول — فيمن يملك اجارة الوقف :

الذى له ولاية اجارة الوقف هو الناظر فلا يملكها الموقوف عليه الا اذا كان متولياً من قبل الواقف أو مأذونا ممن له ولاية الاجارة من ناظر وقاض . ومن ملك الاجارة ملك قبض الأجرة . ويجوز أن يؤجر الناظر العين الموقوفة للمستحقين فى الوقف ، واذا أجرها لمن لا تقبل شهادته له كابيه وابنه الكبير جاز ذلك لكن بشرط أن تكون الاجرة اكثر من أجر المثل على قول أبى حنيفة دفعا للتهمة عنه واجاز الصاحبان ان يؤجرها لهم بأجر المثل دون نقص . ولا يجوز له ان يؤجرها لنفسه او لولده الذى هو فى ولايته لان الواحد لا يتولى طرفى العقد . وهذا هو المعتمد وقيل يجوز له ذلك اذا كان فى الاجارة خير للوقف ولا تفسخ الاجارة بموت الناظر فى أثناء المدة . راجع صفحة ١٧٢

الثانى مدة الاجارة :

إذا عين الواقف مدة لاجارة وقفه كسنة مثلا اتبع شرطه إذا كانت المدة التى عينها يرغب الناس فى استئجارها وليس فى الزيادة عليها نفع للوقف واذا أذن الواقف للمتولى أن يزيد على السنة اذا رأى المصلحة فى ذلك فللمتولى أن يزيد عليها اذا كان ذلك أنفع للوقف عملا بالشرط بحسب ما تقتضيه المصلحة

---

(١) أنظر أحكام الاجارة العامة فيما تقدم صفحة ١٥٦ وما بعدها

بدون احتياج الى اذن القاضى والا توقفت صحة الاجارة على إذن القاضى. وان لم يعين الواقف مدة الاجارة فالقول المعول عليه أن الدور والحوانيت لا تؤجر أكثر من سنة ، والأراضى الزراعية لا توجر أكثر من ثلاث سنين غير أن القاضى يملك الاذن باجارة الوقف مدة طويلة عند الاضطرار كأن يتخرب الوقف ولم يكن له ريع يعمره ، جاز لأجل هذه الضرورة اجارته باذن القاضى مدة طويلة بقدر مايعمر به

الثالث — مقدار الاجرة :

يشترط أن يؤجر الوقف بأجر المثل لكن يغتفر الغبن اليسير . ثم ان نقص أجر المثل فى أثناء المدة وطلب المستأجر تنقيص الاجرة المتفق عليها فى العقد أو بفسخ الاجارة فلا يجاب الى طلبه بل يلزم بالاجر المتفق عليه حتى تنتهى المدة . وان زاد أجر المثل زيادة غير يسيرة فى أثناء المدة وكانت الزيادة لكثرة الرغبات فى الشيء المستأجر وليست للعنت وطلب الناظر من المستأجر زيادة الأجر المتفق عليه فى العقد أو بفسخ الاجارة فقيل لا يجاب الى طلبه كما لو نقص الأجر وهذا هو الظاهر ، وقيل تعتبر الزيادة مراعاة لمصلحة الوقف فان لم يقبلها المستأجر فسخت الاجارة ونزع الوقف من يده وأجر لغيره مالم يكن له زرع قائم فى الأرض فان الأرض تترك فى يده بالأجر الجديد حتى يدرك الزرع ثم تؤجر له أو لغيره بأجر المثل الحالى . والقول الثانى هو الراجح على ما قالوه لأنه أنفع للوقف . وإذا انتهت مدة الاجارة أجرت العين الموقوفة لمن يرغب استئجارها ولا يفضل المستأجر الأول على غيره إلا إذا كان له بناء أو غراس قائمان بأرض الوقف بحق فانه فى هذه الحالة يكون أولى بالاجارة من غيره ويشترط أن يؤدى أجر المثل ويكون مأمونا على الوقف (أنظر كتابنا التزام التبرعات) .

الحكر

هو عقد اجارة يقصد به استبقاء الأرض الموقوفة تحت يد المحتكر للبناء أو الغراس مادام يدفع أجر المثل ويشترط لجوازه ثلاثة شروط :

الأول ألا يكون للوقف ريع يعمر به .

الثانى ألا يوجد أحد يرغب فى استئجار أرض الوقف مدة مستقبلة بأجرة معجلة تصرف فى عمارتها فان وجد من يرغب فى ذلك أجرت له لأن ذلك أفضل من الحكر .

الثالث ألا يمكن الاستبدال فان أمكن فالاستبدال أولى من الحكر لأنه أصلح للوقف [1] ومتى وجد المسوغ الشرعى للاحتكار وأعطيت الأرض للمحتكر فلا بد أن يكون الحكر بأجر المثل وقت العقد غير أن الأجرة لا تبقى بحال بل تزيد وتنقص على حسب تغير الأحوال ، ومتى بنى المحتكر أو غرس فى الأرض ثبت له حق القرار فيها فلا تنزع من يده مادام يدفع أجر المثل الحالى .

عمارة الوقف

عمارة الموقوف للاستغلال

يجب أن يبدأ من ريع الوقف بعمارته سواء شرط ذلك الواقف أم لم يشترطه لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا يتأتى ذلك إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء .

ثم ان كان الوقف على الفقراء كانت النفقة من نفس الغلة ، وان كان على

---

(١) انظر كتابنا التزام التبرعات ففيه بحث فى هذا الموضوع وتحقيق لا تجده فى غيره .

أشخاص معينين فهم بالخيار ان شاءوا أنفقوا من أموالهم وإلا فالنفقة من الغلة لأن الموقوف عليه يمكن مطالبته بخلاف الفقراء . وإنما تستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التى كان عليها وقت الوقف فأما الزيادة فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له ، فلا يجوز صرفها الى شيء آخر إلا برضاه أو بشرط الواقف لأن الغلة حينئذ ليست له . والحاصل أن الوقف يعمر على الصفة التى كان عليها مالم يرض الموقوف عليهم بالزيادة أو يشترطها الواقف . هكذا قالوا .

عمارة الموقوف للسكنى

عمارته تكون على من له السكنى لأن الخراج بالضمان كنفقة العين الموصى بمنفعتها فانها على الموصى له فان امتنع من ذلك أو كان فقيرا أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها . وبعد ذلك يردها على من له السكنى لأن فى ذلك رعاية الحقين : حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها لفوت السكنى أصلا وينقطع ثواب الوقف عن الواقف ، ولو عمرها فاتت السكنى مدة من الزمن ثم عادت الدار كما كانت ، وهذا خير للواقف وللموقوف عليهم من عدم العمارة أصلا .

وأنقاض الوقف وأدواته تصرف فى عمارة الوقف ان احتاج اليها ، وان استغنى عنها أو عن شيء منها أمسكها متولى الوقف حتى يحتاج الى عمارة فيصرفها وان تعذر عليه اعادة عينها الى موضعها بيعت وصرف ثمنها الى المرمة صرفاً للبدل الى مصرف البدل ، ولا يجوز أن يقسم الانقاض بين مستحقى الوقف لأنها جزء من عين الموقوف ولا حق للموقوف عليهم فيها وإنما حقهم فى المنافع وأما العين فانها حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم .

(تنبيه) انظر ماقدمناه فى أوائل الكتاب صفحة ١٢ ففيه بيان من يستحق

الغلة ومن يستحق السكنى .

المزارعة والمساقاة فى أرض الوقف وأشجاره [١]

تجوز المزارعة والمساقاة فى أرض الوقف وأشجاره كما تجوزان فى غيره ولكن يشترط أن تراعى منفعة الوقف فى كل منهما بألا يكون فى نصيب الوقف غبن فاحش .

غصب الوقف

اذا غصب عين الوقف غاصب كان ملزما بردها وعليه أجر مثلها مدة الغصب . واذا هلكت فى يده فعليه ضمانها . راجع أحكام الغصب صفحة (٢٢٨) .

أحكام المسجد

وقف المسجد صحيح لازم بالاجماع . واذا بنى مسجدا فعلى قول أبى يوسف يزول ملكه عنه بقوله جعلته مسجدا لأن التسليم عنده ليس بشرط اذ الوقف اسقاط كما تقدم فيصير خالصا لله تعالى لسقوط حق العبد ، وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يزول ملكه عنه حتى يفرزه بطريقة ، ويأذن للناس بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عن ملكه فى رواية عنهما ، وفى رواية أخرى عنهما لا يزول عن ملكه الا بصلاة الجماعة . أما وجه الافراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عندهما ، وتسليم المسجد يكون بالصلاة فيه ، أو يقال انه لما تعذر القبض قام تحقق المقصود وهو الصلاة مقامه ؛ ووجه رواية الاكتفاء بصلاة الواحد أن فعل الجنس أى صلاة جميع الناس أمر متعذر فيكفى أدناه وهو صلاة رجل واحد . ووجه الرواية

---

(١) راجع صفحة (٢١٧) وما بعدها وصفحة (٢١٨) وما بعدها .

الأخرى أن المسجد يبنى لتصلى فيه الجماعة فى الغالب فلا يتحقق التسليم الا بصلاة الجماعة بناء على ذلك . ولو جعل أمر المسجد الى متول وسلمه له صح الوقف وان لم يصل فيه أحد على الصحيح ، لأنه بالتسليم الى المتولى يحصل تمام التسليم اليه تعالى لرفع يد الواقف عنه .

ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه بيت لايخرج عن ملكه أصلا فله أن يبيعه وان مات يورث عنه حتى لو جعل بابه الى الطريق العام وعزله عن ملكه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقاً به لأن لصاحب العلو حقا فى السفل ولصاحب السفل حقاً فى العلو فلا خلوص مع ذلك لله تعالى والمسجد يجب أن يكون خالصاً له ، قال تعالى «وان المساجد لله» مع العلم بأن كل شىء له فكان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه ، لكن لو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما فى مسجد بيت المقدس . وهذا المذكور هنا هو ظاهر الرواية . وثم روايات أخرى منها أنه اذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق بالسفل دون العلو ومنها عكس ماذكر لأن المسجد معظم فاذا كان فوقه مسكن تعذر تعظيمه ومنها ماروى عن أبى يوسف أنه جوزه فى الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل ، كأنه اعتبر الضرورة . وعن محمد أنه حين دخل الرىّ أجاز ذلك كله .

وإذا اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه كان له أن يبيعه ويورث عنه على ظاهر الرواية لأن المسجد هو مالا يكون لأحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطاً بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجداً ، ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى . وعن محمد وكذا عن أبى يوسف أنه يصير مسجداً فلا يباع ولا يورث لأنه لما رضى بكونه مسجداً ولا يكون

مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق تبعاً فصار مستحقاً كما يدخل فى الاجارة من غير ذكر .

ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه تجرد عن حق العباد فصار خالصا لله تعالى . فليس المسجد قاصرا على مايكون مبنيا . ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا على قول أبى يوسف لأنه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه ، وعند محمد يعود الى ملك البانى فى حياته أو الى ورثته بعد موته لأنه عينه لنوع قربة وقد انقطعت

السقاية والرباط والمقبرة والخان

من بنى سقاية ليشرب منها الناس أو الدواب أو خاناً ليسكنه أبناء السبيل أو رباطاً للمجاهدين وغيرهم أو جعل أرضه مقبرة فعلى قول أبى يوسف يزول كل ذلك عن ملكه بالقول كما هو أصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم . وعلى قول محمد اذا استق الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا فى المقبرة زال الملك ولزم الوقف لأن التسليم عنده شرط كما تقدم . والتسليم قد يكون بما ذكرنا كما فى المسجد ، ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله . ولو سلم الى المتولى صح التسليم فى كل ذلك كما فى المسجد وغيره . وعلى قول أبى حنيفة لا يزول عن ملكه حتى يحكم به الحاكم أو يجريه مجرى الوصية لأنه لم ينقطع عن حق العبد فصار كسائر الأوقاف ماعدا المسجد فانه خالص حق الله تعالى .

انتهى

وكان الفراغ من أعداد هذا المختصر للطبع في ليلة القدر ـ ليلة الاثنين السابع والعشرين من شهر رمضان المعظم سنة ١٣٥٤ الموافق ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ والحمد لله أولا وآخرا وصلوات الله تعالى وسلامه على سيدنا ومولانا محمد وعلى جميع الأنبياء والمرسلين .



فهرس

كتاب المعاملات المالية فى الشريعة الاسلامية

صفحة

كتاب الأموال

صفحة

صفحة

كتاب العقود

صفحة

أنواع العقد وأحكامه

صفحة

الكتاب الثالث فى العقود على وجه التفصيل

صحيفة

صحيفة

صفحة

صفحة

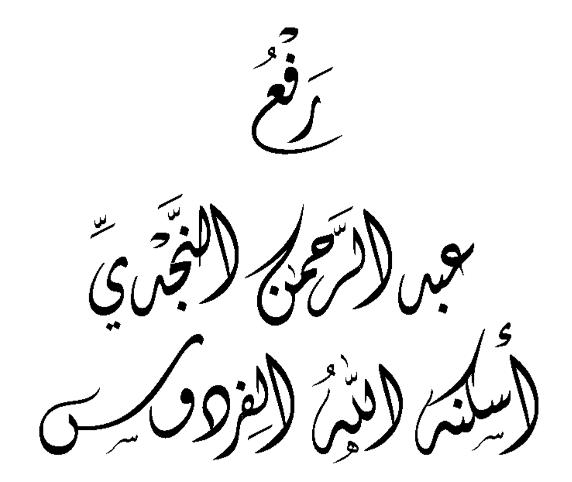
صحيفة

الصفحة

صفحة

صفحة

(انتهى)



طبعت بالمطبعة الفنية القاهرة ت ٩١١٨٦٢٩

تعـــريف

الامام الفقيه الشيخ احمد ابراهيم علم من اعلام الفقه الاسلامى فى مصر الاسلامية فى القرن الرابع عشر الهجرى ، وقد أسهم ببحوثه الفقهية الرصينة فى بناء صرح الفقه الاسلامى ذابا عن حياض الشريعة الغراء كاشفا عن جواهرها .

وهذه عبارات صدق وشهادات علماء افاضل تكشف عن فضل هذا العالم الفذ سطرتها اقلام تلاميذه وغيرهم من افاضل العلماء .

اسعد سيد احمد

الناشر وصاحب مكتبة دار الانصار

« ما اتى بعد الامام الفقيه العلامة ابن عابدين الشامى فقيه مثـل الشيخ أحمد ابراهيم رضى الله تعالى عنه » .

الشيخ محمد ابو زهره

« استاذى الجليل احمد ابراهيم ، حسبك انك حررت عقلك من التعصب واطلقته من أسر الجمود ، وبعثت فى تلاميذك روح البحث الحرة، وملكة النقد الصحيح .. فاذا كنت لم تترك ثروة مالية يقتبسها ورثتك ، فقد تركت ثروة علمية يقتبسها المسلمون ... وما مات من كانت بقاياه مثل بقاياك ، وما انقطع عمل من ترك للناس مثـل علمك والله يتغمـدك برحمته ويجزيك خير الجزاء » .

الشيخ عبد الوهاب خلاف

« كرس حياته ــ رضى الله عنـه ــ لاستنباط اسرار الشريعـة السمحة ، والكشف عن دقائقها ، ومميزاتها وذخائرها ، وما تمتاز بـه عن سائر الشرائع ، فكان يعنى بالمقابلات الطريفة والمقارنات الدقيقة بين المذاهب والآراء والعقائد ، وطرق التدليل ، والتفسـير ، والتأويل التى تنطوى عليها مباحث علماء الاسلام .. فهو طراز نادر بين الاساتذة ، والعلماء ، ولعله كان المثل الاعلى والنموذج النادر بين هؤلاء جميعا » .

العلامة الحقوقى الكبير ابراهيم دسوقى اباظه باشا

« وبوقوفنا على مزايا هذا المنهل العـذب ، والبحـر الزخار فى شخصيته العلمية الفريدة التى ألمعت الى بعض جوانبها . ينكشف لنـا سر نبوغ الشيخ محمد ابى زهره والشيخ خلاف .. فيما لمعـا به من المقام العلمى والصفاء الذهنى ، والدقة الفقهية البالغـة ، وان ذلك من مرتكز فضائل هذا الأستاذ الكبير .. واذا كان نطاق شهرتهما اوسـع من نطاق شهرة شيخهما احمد ابراهيم فذلك لأن الشيخ ظهـر ومحيط الدراسات الاسلامية كان محدودا وهما جاءا على اثره ، وقد اتسع ذلك المحيط العلمى فكان لهما شهرة اوسع من شيخهما ، بما اسس هو لهما ، وفتح امامهما ، فكانا حسنة من حسناته واثرا من آثاره الخليبة » .

محقق الشام العالم العامل المجاهد الشيخ عبد الفتاح ابو غده